

MARÍA CRISTINA ORTEGA SANTACRUZ

**RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL
PARA LA PAZ
ESPECIAL REFERENCIA A SU APLICACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA
SEXUAL CONTRAS MUJERES**

(Maestría en Derechos Humanos y Democratización)

Bogotá, D.C., Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRATIZACIÓN

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Directora Departamento
Derecho Constitucional:** **Dra. Magdalena Correa Henao**

Directora de Tesis: **Dra. Carolina Vergel Tovar**

Examinadores: **Dr. Carlos Alberto López Cadena**
Dr. Edgar Solano González

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vi
CAPÍTULO 1. MÁXIMOS RESPONSABLES	1
1.1 CONCEPTO DE MÁXIMOS RESPONSABLES	3
1.2 CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN MÁXIMOS RESPONSABLES EN LA SENTENCIA C-579 DE 2013	8
1.3 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA C-579 DE 2013 FRENTE AL CONCEPTO DE MÁXIMOS RESPONSABLES	9
1.4 CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO	12
CAPÍTULO 2. FIGURAS PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD A LOS MÁXIMOS RESPONSABLES EN ESCENARIOS DE MACROCRIMINALIDAD	13
2.1 BREVE RESEÑA SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	14
2.1.1 Innovación dogmática. Elementos	15
2.1.2 Innovación iusfilosófica	20
2.2 RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL	23
2.2.1 El Caso Yamashita	25
2.2.2 Tribunales bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado	28
2.2.3 Tribunal Militar para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio	30
2.2.4 Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949	33

2.2.5 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	37
2.2.6 Regla Consuetudinaria 153	46
2.2.7 Estatuto de Roma	47
2.2.8. El caso de Jean-Pierre Bemba Gombo	58
2.3 CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO	76
CAPÍTULO 3. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN COLOMBIA. DESAFÍOS Y PROPUESTAS	84
3.1 ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2017 A LA LUZ DE LA SENTENCIA C-674 DE 2017	85
3.1.1 Responsabilidad de mando y máximos responsables	88
3.1.2 Coincidencia de los elementos del artículo 24 con los elementos básicos de la responsabilidad de mando en el derecho internacional	89
3.1.3 Instrumentos de la legislación interna para investigar, juzgar y sancionar	101
3.2 ARTÍCULOS 67 Y 68 DE LA LEY 1957 DE 2019 A LA LUZ DE LA SENTENCIA C-080 DE 2018	114
3.3. CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO	116
CAPÍTULO 4. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO FRENTE A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO	125
4.1 JUSTICIA TRANSICIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO	127
4.2. IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL JUZGAMIENTO DE CRÍMENES SEXUALES EN LA JEP	134
4.2.1 Constituye una valiosa herramienta en contra de la impunidad de los delitos sexuales, cuando se dificulta probar la implicación del autor en el hecho	135

4.2.2 Permite comprender, de una mejor manera, la violencia sexual cometida contra las mujeres en el conflicto	136
4.2.3 Porque, al orientarse a perseguir a los superiores como máximos responsables, impide que los crímenes sexuales cometidos contra las mujeres queden impunes	140
4.2.4 Sirve para comprender el papel de los comandantes como máximos responsables de la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado tanto fuera como dentro de las filas	142
4.2.5 Fortalece el cumplimiento de las funciones preventivo generales y especiales de la pena en delitos sexuales contra las mujeres y, por esta vía, refuerza la garantía de no repetición	145
4.2.6 Permite sancionar a los superiores como autores	148
4.3 CONCLUSIONES DEL CUARTO CAPÍTULO	149
CONCLUSIONES GENERALES	151
BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUCCIÓN

Las herramientas concebidas para la consecución de la justicia son fundamentales para garantizar los derechos de las víctimas. Precisamente por ello, resulta necesario efectuar un análisis detallado sobre la responsabilidad de mando. Como se expondrá en adelante, aunque no será la única figura orientada a perseguir a los máximos responsables, merece atención cuando menos por dos razones: la primera, porque su utilidad al interior de la JEP podría diluirse en razón de los requisitos que estableció la regulación interna frente a la figura¹ y también por la forma en que la Corte Constitucional concibió su implementación². Por tanto, conviene proponer alternativas de interpretación que la hagan compatible con los derechos de las víctimas e incluso los procesados. La segunda, porque su aplicación es especialmente relevante frente a delitos con altos índices de impunidad, tales como los delitos sexuales cometidos contra las mujeres en el marco del conflicto armado.

Siguiendo este propósito, en el *primer capítulo* profundizaré en algunos conceptos útiles para quien, como defensa, funcionario judicial o, especialmente como víctima, enfrente un proceso en el que se juzgue a un superior. Para empezar, precisaré el concepto de máximos responsables, al cual se alude indefectiblemente cuando se trata de imputar crímenes a los superiores.

En el *segundo capítulo* expondré las figuras que en derecho internacional se utilizan para atribuirles responsabilidad, a saber: la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y la responsabilidad del superior. Frente a esta última, presentaré un análisis detallado sobre su evolución histórica, no

¹ Los cuales se previeron en los artículos 24 transitorio del título transitorio de la Constitución y en los artículos 67 y 68 de la Ley 1957 de 2019.

² Específicamente las consideraciones que expuso la Corte en la sentencia C-674 de 2017 y C-080 de 2018.

solo porque constituye el objeto central de esta investigación, sino porque resulta indispensable para comprender sus elementos, ya que esta forma de autoría se construyó durante varias décadas, a partir de múltiples pronunciamientos y regulaciones³.

En el *tercer capítulo* analizaré los desafíos que representa la regulación e interpretación de la responsabilidad de mando en nuestro país. Específicamente, estudiaré i) el artículo 24 transitorio del título transitorio de la Constitución⁴, a la luz de la sentencia C-674 de 2017⁵, que se pronunció sobre su constitucionalidad y ii) los artículos 67⁶ y 68⁷ de la Ley 1957 de 2019⁸ a la luz de la sentencia C-080 de 2018⁹, la cual, básicamente, se remite a lo concluido en la sentencia C-674 de 2017. Además, sugeriré algunas pautas que considero necesarias para aplicar la responsabilidad de mando en Colombia, de manera que se garanticen los derechos de las víctimas del conflicto.

³ Esto, a diferencia de lo que ocurre con la autoría mediata, la cual fue concebida en su integridad por un autor. Al respecto, la Corte Constitucional señaló frente a la responsabilidad del superior en la sentencia C-674 de 2017: “(...) *el derecho internacional ha delineado, primero por vía jurisprudencial, y posteriormente por vía normativa, la figura de la responsabilidad de mando. De hecho, el instituto de la responsabilidad de mando tuvo un origen jurisprudencial, y se estructuró a partir de principios generales, y no de una regla definida, formal y definitivamente establecida, y tan solo tardíamente fue regulado en el derecho penal internacional y en el derecho internacional humanitario. Y a nivel normativo, este propósito se ha canalizado a través de distintas fórmulas que han evolucionado a lo largo del tiempo, y que incluso hoy en día coexisten en el derecho internacional y que son objeto de avivados debates*”.

⁴ El artículo 24 transitorio del título transitorio de la Constitución regula la Responsabilidad de mando frente a los miembros de la Fuerza Pública.

⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

⁶ El artículo 67 de esta ley consagra la responsabilidad de los mandos de las FARC-EP.

⁷ El artículo 68 de la Ley 1957 de 2019 se refiere a la responsabilidad de mando de los miembros de la Fuerza Pública.

⁸ Colombia. Congreso De La República. Ley 1957 de 2019 (6, junio, 2019). Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2019. nro. 50.976.

Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP.

⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 010. (15, agosto, 2018). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sentencia C-080 de 2018.

En el *capítulo cuarto*, evidenciaré por qué herramientas jurídicas como la responsabilidad de mando, mediante las cuales pueden perseguirse conductas que involucran violencia sexual, merecen especial atención. En particular, me referiré a algunas medidas que se adoptaron en el Acuerdo Final y las disposiciones que lo desarrollaron para juzgar a los responsables de estos crímenes bajo una perspectiva de género. En este punto no pretendo abarcar un fenómeno tan complejo como la violencia sexual en el conflicto colombiano, ni las herramientas que el Estado ha adoptado para enfrentarla, sino ofrecer un panorama que evidencie que la persecución de la violencia sexual es una prioridad en la agenda de la transición.

Enseguida, explicaré por qué la doctrina del superior ofrece una posibilidad privilegiada para *devolver*¹⁰ la responsabilidad a los perpetradores y garantizar los derechos de las víctimas de delitos sexuales, en tanto: i) posibilita la sanción de los máximos responsables en ausencia de una prueba sobre su participación *directa* en el hecho, lo cual es frecuente en los casos de crímenes sexuales. ii) Permite comprender que la violencia sexual contra las mujeres configuró crímenes de guerra y de lesa humanidad, y que las mujeres no se enfrentaron únicamente a un victimario, sino a potentes estructuras. iii) Evita que los delitos sexuales queden impunes, pues no se orienta a perseguir a los autores materiales sino a los superiores. iv) Sirve para entender por qué los comandantes pueden ser considerados como máximos responsables de los crímenes sexuales cometidos por sus subalternos. v) Fortalece el cumplimiento de las funciones preventivo generales y especiales de la pena en delitos sexuales contra las mujeres y, por esta vía, refuerza la garantía de no repetición. vi) Permite sancionar a los superiores como autores de graves crímenes y no como autores de delitos menores o simples partícipes.

¹⁰ Cfr. Centro Nacional de Memoria Histórica. *La Guerra Inscrita en el Cuerpo*. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017. Pág. 384.

CAPÍTULO 1. MÁXIMOS RESPONSABLES

El grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que usa el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los rangos de mando más altos¹¹.

Cuando Hannah Arendt cubría el juicio de Eichmann en Jerusalén, como enviada especial del *New Yorker*, las palabras “*Beit Hamishpa*” (La Casa de la Justicia), pronunciadas a todo pulmón por el ujier de la Sala, retumbaban en sus oídos con tanta intensidad que saltaba de la silla para ponerse de pie ante la llegada de los jueces¹².

Eichmann, quien había sido capturado por el Mossad en Argentina 11 meses atrás, alegó que sólo seguía órdenes y que jamás asesinó a un judío. Sin embargo, el Tribunal Distrital de Jerusalén lo condenó a muerte tras concluir que, en contextos de macrocriminalidad, resultaba indiferente que un sujeto no hubiera obrado como ejecutor material, pues “*el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que usa el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los rangos de mando más altos*”¹³.

¹¹ Traducción libre del párrafo 197 de la Sentencia contra Adolf Eichmann. JERUSALÉN. TRIBUNAL DISTRICTAL DE JERUSALÉN. Caso Criminal 40/61 (15, diciembre, 1961). J. P. Moshe Landau.

¹² Esto, según su propio relato publicado en el *New Yorker*. ARENDT, Ana. Eichmann in Jerusalem. Nueva York. The New Yorker. (16 de marzo de 1963). Disponible en <https://www.newyorker.com/magazine/1963/03/16/eichmann-in-jerusalem-v> Una visión más extensa, se encuentra en el famoso libro de la escritora: Eichmann in Jerusalem.

¹³ Traducción libre del párrafo 197 de la Sentencia contra Adolf Eichmann. Ob. Cit. Párrafo 197 de la Sentencia del Tribunal Distrital de Jerusalén en el Caso Criminal 40/61 contra Adolf Eichmann. El Tribunal señaló que Eichmann, lejos de ser una marioneta, estaba entre aquellos que “*tiraban las cuerdas*”. En este mismo sentido, Werle también afirma: “*El grado de responsabilidad es, por lo general, indirectamente proporcional a la cercanía con la ejecución del hecho*”. WERLE. Tratado de derecho penal internacional. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunió (traductores). Valencia. Tirant lo Blanch. 2005. Página 225.

Adicionalmente, el Tribunal aclaró que los conceptos ordinarios de responsabilidad individual resultaban insuficientes ante crímenes tan complejos como los que se estaban juzgando, por lo que acudieron a categorías de *responsabilidad colectiva u organizacional*¹⁴, más adecuadas en casos de violaciones masivas de derechos humanos¹⁵.

En nuestro país, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se enfrenta a la titánica tarea de juzgar violaciones masivas de derechos humanos, cometidas en el que se calificó como el “*conflicto sin negociar más antiguo*¹⁶ *del mundo*”¹⁷. Por tanto, también debe acudir a categorías de responsabilidad colectiva (como la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y la responsabilidad de mando), así como priorizar el juzgamiento de los máximos responsables, quienes, por regla general, se encuentran entre quienes *alcanzaron los rangos de mando más altos*¹⁸.

¹⁴ Poco después, estas categorías encontrarían eco en los oídos de Claus, quien usó el caso de Adolf Eichmann para ejemplificar su teoría sobre el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.

¹⁵ Artículo “El caso Eichmann”. AMBOS, Kai. Págs. 90 a 92. Versión original publicada en W. S. Schabas (ed.), «The Cambridge Companion to International Criminal Law», CUP 2016. ADPCP, VOL. LXVIII, 2015. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUP201510007900098_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_EI_caso_Eichmann.

¹⁶ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia empezaron a operar en 1963 y se fundaron oficialmente en 1965, con aproximadamente 100 combatientes. El ELN se fundó un par de años antes, en 1962.

¹⁷ Informe Basta Ya. Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. Centro Nacional de Memoria Histórica. 2016. Pág. 111. Disponible en: <http://www.centrodehistoria.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>

¹⁸ Cristina García Pascual sostiene al respecto que “*aunque deberíamos mantener la expectativa de una justicia penal efectiva y no conformarnos con la realidad de la impunidad, como algo inevitable a menudo observaremos que los números desbordan las infraestructuras y tendremos que reconocer que la posibilidad de procesar a todos los implicados es una tarea materialmente imposible*”. GARCÍA PASCUAL, Cristina. Justicia y Mal Absoluto. Ob. Cit.

1.1 CONCEPTO DE MÁXIMOS RESPONSABLES

El concepto de máximos responsables no ha sido unívoco. En algunas ocasiones, simplemente se ha mencionado que las investigaciones y juicios deben centrarse en quienes tienen *mayor responsabilidad*, sin aportar nada a su definición. En otras, se han agregado ciertos elementos que permiten delimitar el concepto. Se ha señalado, por ejemplo, que los máximos responsables son quienes se encontraban en una posición de liderazgo o aquellos que se involucraron en los crímenes más graves. También se ha sostenido que pueden considerarse máximos responsables quienes hubieran tenido una influencia financiera, industrial, política o económica relevante en la comisión de los crímenes¹⁹.

Un breve recuento histórico sobre la noción de máximos responsables resulta útil para aclarar su definición.

La primera vez en la que se hizo referencia a la noción de máximos responsables en el derecho penal internacional²⁰ fue en el artículo 1° del Estatuto del Tribunal de Sierra Leona, a petición del presidente de ese país²¹.

¹⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente 9499. (28, agosto, 2013). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-579 de 2013.

²⁰ AA.VV. Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Ob. Cit. Pág. 114. Persecución de la violencia sexual contra mujeres. Un componente necesario de la estrategia post-conflicto de justicia y reconstrucción social en Colombia.

²¹ Un registro de la Librería de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señala: “El 9 de agosto de 2000, el Presidente de la República de Sierra Leona envió una carta al Presidente del Consejo de Seguridad para solicitarle que iniciara “el proceso mediante el cual las Naciones Unidas puedan tomar la decisión de crear un tribunal especial para Sierra Leona [con] el propósito [de] enjuiciar y llevar ante la justicia en forma digna de crédito a los miembros del Frente Revolucionario Unido (FRU) y sus cómplices responsables de cometer crímenes contra el pueblo de Sierra Leona y de secuestrar a miembros de la operación de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas”. (...) Recomendó asimismo que el tribunal especial tuviera competencia por razón de la persona respecto de aquellas personas a quienes **cupiera la mayor responsabilidad** por la comisión de los delitos mencionados, incluidos los dirigentes que, al cometer esos delitos, hubieran puesto en peligro el inicio y la aplicación del proceso de paz en Sierra Leona”. United Nations Audiovisual Library of

1. *The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear **the greatest responsibility** for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone.* (Negrilla fuera del texto original).

Este concepto se reflejó, posteriormente, en otros estatutos internacionales, decisiones de tribunales especiales y en distintas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En la Resolución 1315 de 2000, mediante la que se promovió el Tribunal de Sierra Leona, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas recomendó que dicho tribunal tuviera competencia *“respecto de aquellas personas a quienes cabe la mayor responsabilidad”*²².

Posteriormente, en la Resolución 915 de 2000, el Secretario General de las Naciones Unidas sugirió que la competencia de este Tribunal debía recaer sobre los máximos responsables. Además, aclaró que, aunque la expresión *most responsible* incluía a los líderes políticos y militares, también abarcaba a aquellas personas con autoridad de mando en niveles jerárquicos inferiores cuando se hubieran visto involucrados en crímenes graves o de gran escala. De esta manera concluyó que el concepto de máximos responsables estaba relacionado con el liderazgo o autoridad, así como con la seriedad o masividad de los crímenes²³.

International Law. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/scsl/scsl_s.pdf. (Negrillas fuera del texto original)

²² Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000. Disponible en: [https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1315%20\(2000\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/S/RES/1315%20(2000))

²³ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Reporte del Secretario General para el Establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, del 4 de octubre de 2000. Párrafos 29 y 30. Obtenido de: <http://www.rscsl.org/Documents/Establishment/S-2000-915.pdf>. “29. *In its resolution 1315 (2000), the Security Council recommended that the personal jurisdiction of the Special Court should extend to those “who bear the greatest responsibility for the*

De otra parte, la ley que creó las Salas Especiales del Tribunal de Camboya hizo referencia a un concepto similar frente a la competencia de dichas salas para llevar a juicio a los principales líderes de la Kampuchea Democrática. Más tarde, en el año 2004, la ley fue modificada para aclarar que las salas especiales, además de sancionar a los más altos dirigentes, debía ocuparse de procesar a aquellos que fueran “*más responsables*”²⁴.

A diferencia de dichas regulaciones, en las codificaciones del TPIY y TPIR no se hizo una mención expresa respecto de la persecución de los máximos responsables. Sin embargo, tras una década de funcionamiento de dichos tribunales, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dejó claro en las

commission of the crimes”, which is understood 4as an indication of a limitation on the number of accused by reference to their command authority and the gravity and scale of the crime. I propose, however, that the more general term “persons most responsible” should be used. 30. While those “most responsible” obviously include the political or military leadership, others in command authority down the chain of command may also be regarded “most responsible” judging by the severity of the crime or its massive scale. “Most responsible”, therefore, denotes both a leadership or authority position of the accused, and a sense of the gravity, seriousness or massive scale of the crime. It must be seen, however, not as a test criterion or a distinct jurisdictional threshold, but as a guidance to the Prosecutor in the adoption of a prosecution strategy and in making decisions to prosecute in individual cases”.

²⁴ El texto original de la ley en el año 2001 señalaba: “*The express purpose of Cambodia’s Law on the Establishment of the ECCC (2001) is to bring to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were responsible for crimes and serious violations of Cambodian penal law, international law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, and which were committed during the period from April 17, 1975 to January 6, 1979*”. No obstante, tras una modificación realizada en el año 2004, la ley previó que el propósito de las Salas era “[to] *bring to trial senior leaders of Democratic Kampuchea and those who were most responsible for the crimes and serious violations of Cambodian penal law, international humanitarian law and custom, and international conventions recognized by Cambodia, that were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979*”. (Negrilla fuera del texto original).

resoluciones 1503 de 2003²⁵ y 1534 de 2004²⁶, que aquellos debían concentrar sus esfuerzos en el procesamiento de un grupo reducido de responsables, a saber “*los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad*”.

Finalmente, a partir del Estatuto de Roma, puede deducirse que la Corte Penal Internacional se concentra en los perpetradores de los **crímenes más graves**, lo cual recuerda el concepto del Secretario General de las Naciones Unidas expuesto en la resolución 915, atrás mencionado²⁷. Así, se señala en el preámbulo del Estatuto.

*Afirmando que los **crímenes más graves** de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a **poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes** y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes (...).* (Negrilla fuera del texto original)

²⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1503 de 2003. “*Recordando y reafirmando* en los términos más enérgicos la declaración formulada el 23 de julio de 2002 por su Presidencia (S/PRST/2002/21), en que aprobaba la estrategia del Tribunal para la ex Yugoslavia de concluir las investigaciones a fines de 2004, todos los procesos en primera instancia a final de 2008 y toda su labor para 2010 (la estrategia de conclusión) (S/2002/678) **concentrando su labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad** por los crímenes de la competencia del Tribunal Internacional...”. (Negrilla fuera del texto original). Disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1503%20\(2003\)](https://undocs.org/es/S/RES/1503%20(2003))

²⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1534 de 2004. Al referirse a los tribunales para Ruanda y Yugoslavia señaló: “*Insta a cada uno de los Tribunales a que, al examinar y confirmar las acusaciones nuevas, se aseguren **de que concentran la labor en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad** respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal de que se trate, según se establece en la resolución 1503 (2003)*”. (Negrilla fuera del texto original).

²⁷ Sin embargo, no debe olvidarse que, dado el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI, esta no podrá conocer casos en contra de máximos responsables que estén siendo procesados por las jurisdicciones nacionales.

Además, la Fiscalía de la CPI ha precisado que dicha oficina se concentra en selección y priorización de los crímenes más graves²⁸ y en las personas mayormente responsables²⁹ de dichos crímenes. Para el efecto, se ocupa de los perpetradores de nivel medio y alto, y solo persigue a los perpetradores de niveles inferiores cuando su conducta haya sido particularmente grave o notoria³⁰.

Igualmente, al referirse a los máximos responsables, la Fiscalía de la CPI resaltó dos puntos relevantes: i) que la noción de los más responsables no necesariamente tiene que ver con el nivel jerárquico *de jure* de un individuo dentro de una estructura, sino que debe evaluarse caso por caso de acuerdo con lo que demuestre la evidencia y ii) que la responsabilidad de los comandantes y otros superiores, según el artículo 28 del Estatuto, es una forma clave de responsabilidad, ya que es fundamental para garantizar el principio del comando responsable y, por lo tanto, sirve para poner fin a la impunidad de los delitos y contribuir a su prevención³¹.

²⁸ International Criminal Court. The Office of the Prosecutor. Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. Pág. 5. “*The overall aim of the Office is to represent as much as possible the true extent of the criminality which has occurred within a given situation, in an effort to ensure, jointly with the relevant national jurisdictions, that the most serious crimes committed in each situation do not go unpunished*”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

²⁹ *Ibíd.* Pág. 13. Al respecto, se señala que la Fiscalía conduce las investigaciones para asegurar que los cargos se presenten contra aquellas personas que parecen ser los más responsables. “*(...) those persons who appear to be the most responsible for the identified crimes.*” Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

³⁰ *Ibíd.* Pág. 13. “*That may entail the need to consider the investigation and prosecution of a limited number of mid- and highlevel perpetrators in order to ultimately build the evidentiary foundations for case(s) against those most responsible. The Office may also decide to prosecute lower level-perpetrators where their conduct has been particularly grave or notorious*”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

³¹ *Ibíd.* Pág. 15. “*For example, the Office considers that the responsibility of commanders and other superiors under article 28 of the Statute is a key form of liability, as it offers a critical tool to ensure the principle of responsible command and thereby end impunity for crimes and contribute towards their prevention*”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

1.2 CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN MÁXIMOS RESPONSABLES EN LA SENTENCIA C-579 DE 2013

Al estudiar la constitucionalidad de la expresión “*máximos responsables*” contenida en el artículo 1³² del Acto Legislativo 01 de 2012³³, la Corte Constitucional concluyó que³⁴:

- i) **Para que alguien sea considerado como máximo responsable, debe tener un rol esencial en la organización criminal.** En este sentido afirmó que, aunque no existe una definición unánime sobre este concepto, los criterios expuestos frente al mismo por el TPIY, el TPIR y la fiscalía de la CPI “*tienen en común que a través de esta figura identifican a aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito*”.

En este mismo sentido, señaló que, de conformidad con los criterios internacionales, “*el máximo responsable es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico*”.

Igualmente, sostuvo que el concepto de máximo responsable está compuesto por 2 elementos fundamentales: i) la imputación individual, la cual requiere la configuración de los elementos de los tipos penales de crimen de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio y ii) la imputación colectiva en la que se evalúa el hecho total (“*Gesamttat*”), según la cual, para que el sujeto sea considerado máximo responsable debe tener un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito.

³² **Artículo 1°.** *La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: (...) Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra (...)*”

³³ “*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”.

³⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente 9499. (28, agosto, 2013). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-579 de 2013.

- ii) **Quienes no tuvieron una intervención decisiva en la comisión de los crímenes pueden ser considerados máximos responsables**, en virtud de criterios de responsabilidad como i) la autoría mediata en aparatos organizados de poder o ii) la responsabilidad de mando.
- iii) *“El máximo responsable no puede identificarse necesariamente con un autor excluyendo a los partícipes, ni con el autor de un delito agravado, ni con un líder, sino que depende de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y está relacionada con el concepto de macrocriminalidad para desmembrar la estructura organizada”.*

1.3 ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA C-579 DE 2013 FRENTE AL CONCEPTO DE MÁXIMOS RESPONSABLES

Respecto del análisis efectuado por la Corte en la sentencia C-579 de 2013 frente al concepto de máximos responsables, considero importante aclarar lo siguiente:

i. **Los máximos responsables no necesariamente deben tener un rol esencial en la organización criminal.** La Corte afirmó que las definiciones de los tribunales internacionales tenían en común la identificación de los máximos responsables, con quienes *tienen “un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito”*. Sin embargo, en el recuento de los antecedentes internacionales expuesto se observa que el concepto de máximos responsables puede hacer referencia a quienes, sin tener un rol esencial en la organización criminal, se involucraron en un crimen de considerable gravedad.

Además, pese a que es usual que se identifique a los miembros de la cúpula con los máximos responsables, por considerar que son quienes tuvieron un rol esencial en la organización, existen otros criterios a partir de los cuales es posible caracterizarlos.

Así, por ejemplo, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP resaltó que la “representatividad de los presuntos responsables” constituye un criterio de priorización³⁵. No obstante, aclaró que i) “[e]sta participación representativa **no se determina por la pertenencia a la cúpula de una estructura armada, ni por pertenecer a la misma, sino que se deriva de un examen de la comisión de los hechos mismos**”, específicamente, a partir de “[l]a participación determinante de los presuntos responsables en los patrones de macrocriminalidad, planes y o políticas...”. (negrilla fuera del texto original)

Adicionalmente, como se verá más adelante, bajo la figura de la responsabilidad del superior es posible condenar a quienes normalmente no ostentaban una posición de mando en la organización, pero asumieron de facto el mando de manera temporal.

ii. **La Corte erró al sostener que a través de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y la responsabilidad de mando podían ser considerados máximos responsables quienes “no tuvieron una intervención decisiva en la comisión de los crímenes”**. Bajo la teoría de Roxin, resultaría imposible condenar a quien no tuvo una intervención decisiva en la comisión de los crímenes, pues, como se verá más adelante, tanto el autor mediato como el inmediato debían ostentar el dominio del hecho. Esta ausencia de intervención decisiva, a la que alude la Corte, sólo sería predicable en algunos supuestos de la responsabilidad del superior. En efecto, si se entiende que la “intervención” a la que alude la Corte también puede predicarse de conductas omisivas, tal afirmación podría ser acertada respecto de las conductas que el superior omitió castigar, pero no podría predicarse en

³⁵ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

los casos en que el comandante, por negligencia, omitió prevenir o reprimir los hechos, pues en este caso su omisión habría sido decisiva.

Lo que sí podría afirmarse en forma genérica para ambas figuras, es que a través de las mismas podrían considerarse máximos responsables quienes no hubieran participado de forma **inmediata** en la comisión de la conducta.

iii. **Los máximos responsables no siempre forman parte de organizaciones criminales.** La historia ha demostrado y, así se ha reconocido internacionalmente, que -con frecuencia- los responsables de conductas atroces hacen parte de la organización estatal o la usan para perpetrar sus crímenes. Así las cosas, el análisis de la Corte se queda corto frente al tipo de organización a la que pueden pertenecer los máximos responsables.

La idea de que la organización de la que hace parte del máximo responsable deba ser criminal, puede tener sentido únicamente frente a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, pero no frente a la figura de la responsabilidad de mando. Como se verá más adelante, según el propio Roxin, en un análisis *ex post* debería poder concluirse que el aparato de poder se encontraba al margen del derecho, al menos respecto de los tipos penales realizados. Sin embargo, bajo la figura de la responsabilidad de mando, el responsable puede hacer parte de una organización que actúa dentro de los límites del derecho e incluso que está lejos de considerarse criminal, pues su responsabilidad se deriva de una omisión en la prevención o castigo de los delitos y no de la configuración de la organización.

1.4 CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO

1. Ni en el derecho nacional ni en la jurisprudencia internacional existe un consenso sobre el concepto de máximos responsables.
2. Esta noción no se circunscribe a quienes tuvieron un rol relevante en la organización, pues personas que cumplían papeles secundarios podrían ser considerados máximos responsables en ciertos supuestos.
3. Lo que sí es un común denominador entre las distintas nociones de máximos responsables, es que se trate de crímenes graves³⁶.
4. En consecuencia, ante la ocurrencia de un crimen grave, quien ocupaba un rol secundario en la organización puede o no ser considerado como un máximo responsable.
5. Por el contrario, si quien estuvo involucrado en el hecho ostentaba una posición relevante en la organización, con seguridad entrará dentro de esta categoría, pues reuniría las dos características que históricamente se han asociado con la misma, a saber: ocupar una posición relevante en la organización y ii) la comisión de un delito serio.
6. Los máximos responsables no siempre perteneces a organizaciones criminales.

³⁶ Esto se debe a que el concepto de máximos responsables se ha usado en contextos de macrocriminalidad.

CAPÍTULO 2. FIGURAS PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD A LOS MÁXIMOS RESPONSABLES EN ESCENARIOS DE MACROCRIMINALIDAD

[E]n este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad³⁷.

A la hora de sancionar a los máximos responsables, lo más probable es que la JEP recurra a dos figuras de derecho penal internacional que se adaptan muy bien a escenarios de macrocriminalidad: la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y la responsabilidad del superior³⁸.

Como acaba de mostrarse, en Colombia existe una confusión entre estas dos figuras en lo que tiene que ver con el concepto de máximos responsables. Sin embargo, dicha confusión no se limita a esta noción. Los elementos de la teoría de Roxin, a menudo se confunden con los requisitos que deberían exigirse para que se configure la responsabilidad del superior.

Así las cosas, antes de profundizar en esta última doctrina, resulta indispensable presentar una breve reseña sobre la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, a fin de comprender sus puntos de encuentro y diferencias.

Además, la referencia a la teoría de Roxin permitirá analizar, en los próximos capítulos, la importancia de este tipo de figuras (autoría mediata y

³⁷ Preámbulo del Estatuto de Roma.

³⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, BARBOSA CASTILLO, Gerardo y CIRO GOMEZ, Andrés Rolando. *Justicia Transicional: Verdad y responsabilidad*. Colección Ejército, Institucionalidad y Sociedad. Vol. 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pág. 177.

responsabilidad de mando), para comprender y escribir la historia, así como para garantizar los derechos de las víctimas.

2.1 BREVE RESEÑA SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así no sólo en un instrumento jurídico perfectamente idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos por sus subordinados siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana³⁹.

Tradicionalmente se había entendido que la autoría mediata se presentaba cuando un sujeto⁴⁰ realizaba el tipo penal a través de otro al que *usaba como instrumento*. El dominio del hecho, desde el punto de vista normativo, era ostentado por el “hombre de atrás”, quien respondía a título de autor, a pesar de no haber concurrido físicamente a la comisión de la conducta. Por el contrario, el ejecutor material, aunque era quien conducía fácticamente el curso lesivo, actuaba bien por coacción o por error, luego no dominaba el riesgo y por ende no era responsable. En suma, el autor mediato era responsable precisamente porque el autor inmediato no lo era.

Sin embargo, en 1963 Claus Roxin, quien en ese momento era un joven penalista recién habilitado, desarrolló una teoría revolucionaria: la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Con esta

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”. Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional “Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales”, celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre del 2012. Pág. 97.

⁴⁰ Quien debe reunir las características contenidas en el tipo.

teoría, Roxin introdujo cuando menos dos innovaciones: una dogmática y otra que en este documento se denominará iusfilosófica.

2.1.1 Innovación dogmática. Elementos.

Bajo este novedoso tipo de autoría mediata, el “sujeto de atrás” era responsable a pesar de que el autor inmediato también lo era. Según Roxin, el *sujeto de atrás* [*Hintermänner*] podía dominar la voluntad del ejecutor material no sólo a través de la fuerza o el error, sino también mediante aparatos organizados de poder. En esta última hipótesis, los miembros de la cúpula responderían penalmente, así no hubieran participado directamente en la comisión de los delitos, porque dominaban la voluntad de los ejecutores. Dichos ejecutores, además, se consideran absolutamente fungibles pues, una vez que la maquinaria criminal ha diseñado, planificado y comunicado las órdenes, cualquier subalterno puede llevarlas a cabo⁴¹. Ello confirma la postura del Tribunal de Jerusalén⁴², según la cual, en contextos de macrocriminalidad, ostenta mayor responsabilidad el sujeto que se encuentra más arriba en la cadena de mando.

En síntesis, podría decirse que, hoy en día⁴³, para derivar responsabilidad bajo la teoría del dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder, se requieren los siguientes elementos:

⁴¹ Suarez Sánchez explica en pocas palabras que, según Roxin, la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, además de la existencia de una organización que actúe al margen del derecho (así se encuentren aparentemente cobijadas por el ordenamiento jurídico como ocurrió en el Tercer Reich), se caracteriza por la existencia de unos autores mediatos que se encuentran obrando como mandos medios o en la cúspide de la organización, y una serie de ejecutores fungibles. SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. 3ª Edición actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 320.

⁴² JERUSALÉN. TRIBUNAL DISTRITAL DE JERUSALÉN. Caso Criminal 40/61 (15, diciembre, 1961). J. P. Moshe Landau. Cfr. Capítulo 1.

⁴³ Roxin ha modificado algunos elementos de su teoría. Él mismo reconoce que la ha perfeccionado durante los últimos 50 años. No obstante, sus fundamentos permanecen incólumes.

i. Un autor mediato que ostenta el dominio del hecho. El autor mediato ostenta el dominio del hecho, pero no coacciona ni induce en error al ejecutor material, pues este último actúa con plena responsabilidad. Además, el autor mediato debe tener autoridad de mando [*Anordnungsgewalt*], aunque no necesariamente se encuentre en la cúspide de la organización⁴⁴. Roxin lo explica con un ejemplo: *“El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores”*⁴⁵. Por esta razón, es posible encontrar varios *autores mediatos en cadena*⁴⁶, es decir, en los distintos niveles de la organización.

ii. Un ejecutor material fungible⁴⁷, quien también ostenta el dominio del hecho. En la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el autor inmediato es por esencia sustituible. En palabras de Roxin: *“la ejecución de órdenes del hombre de atrás – esta era mi tesis- se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de*

⁴⁴ Al respecto, algunos señalan que el caso de Eichmann muestra cómo el máximo responsable no es necesariamente el líder de la organización, sino que puede clasificarse en esta categoría en razón de la atrocidad de los crímenes cometidos. SUÁREZ DÍAZ, Elena y VELAZCO CHÁVEZ, Ernesto. Justicia transicional verdad y responsabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016. Pág 187.

⁴⁵ Claus Roxin, Conferencia “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”, pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo Ovalle, Sevilla. Revista de Estudios de la Justicia No. 7 Año 2006. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Suárez Sánchez sostiene que la expresión fungible utilizada por Roxin resulta imprecisa, porque fungible es lo que se consume con el uso. Por esta razón, propone reemplazarla por la palabra intercambiable. Suárez Sánchez, Alberto. Autoría. 3ª Edición actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 335. Sin embargo, tanto en alemán como en español, la acepción jurídica de expresión fungible, hace referencia a lo que se puede sustituir. Es en este sentido que se usa por parte de Roxin, quien habla de fungible y sustituible como sinónimos, de modo que la imprecisión a la que alude el doctor Suárez no existe. Al respecto, puede consultarse el enlace: <https://dej.rae.es/lema/bien-fungible>.

*modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo*⁴⁸.

Por otro lado, como se anunció previamente⁴⁹, en esta teoría tanto el autor inmediato como el mediato dominan el hecho. Mientras que el autor mediato tiene el dominio de la organización, el ejecutor material tiene el dominio de la acción [*Handlungsherrschaft*]⁵⁰.

iii. Una organización criminal (instrumento) estructurada de forma jerárquica que actúa al margen del derecho: En la concepción tradicional de la autoría mediata (por coacción o error) el instrumento es el ejecutor material. En cambio, bajo la teoría del Roxin, el instrumento es la organización. Al respecto, sostiene Roxin:

[E]l instrumento que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte a la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado.

⁴⁸ ROXIN, Claus. Conferencia. “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”, pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo Ovalle, Sevilla. Revista de Estudios de la Justicia No. 7 Año 2006. Facultad de Derecho Universidad de Chile. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. Pág. 17.

⁴⁹ Al estudiar el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el concepto de máximos responsables.

⁵⁰ Cfr. ROXIN, Claus. Conferencia. “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”, pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo Ovalle, Sevilla. Revista de Estudios de la Justicia No. 7 Año 2006. Facultad de Derecho Universidad de Chile. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. Pág. 15. Obtenido de: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>

Lo anterior también explica por qué debe tratarse de una organización estructurada jerárquicamente. En efecto, es gracias a la estricta jerarquía que se asegura el resultado querido por el mando, el cual es realizado por los ejecutores materiales controlados por el aparato de poder, en el que intervienen una serie de mandos medios que comunican la orden.

Adicionalmente, Roxin sostiene que el aparato de poder debe moverse al margen del derecho, cuando menos respecto de los tipos penales que realiza. Este es un elemento indispensable en su teoría, *“pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del hombre de atrás”*⁵¹.

Dicha valoración sobre la desvinculación del derecho se efectúa *ex post*, pues es posible que la conducta que más adelante se reprocha se haya ejecutado bajo el orden legal establecido, tal como sucede en los regímenes dictatoriales, en los que las peores atrocidades se cometen bajo un aparente manto de legalidad.

Ahora bien, en algún momento Roxin agregó un cuarto elemento a su teoría, a saber, la **“considerablemente elevada disponibilidad al hecho del**

⁵¹ Cfr. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed. 1963. p. 242. Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional “Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales”, celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre del 2012

ejecutor⁵². No obstante, hace un par de años concluyó que no se trataba de un elemento autónomo sino más bien una consecuencia de los tres elementos ya señalados⁵³.

En todo caso, vale la pena explicar brevemente qué es lo que Roxin entendía por alta disponibilidad. Concretamente, es una idea planteada pensando en quien realiza el tipo penal al interior de una organización criminal, quien -anota Roxin-, se encuentra en una posición distinta de quien comete un delito por fuera de ésta. El primero se encuentra “*más preparado para el hecho*”, pues los miembros de una organización tienden a adaptarse a las reglas de la misma y desarrollan un empeño excesivo por prestar servicio, bien sea por sobresalir, por arribismo o porque creen poder dar rienda suelta a sus impulsos criminales impunemente, al estar protegidos por el aparato de poder. Además, encuentran en la organización una excusa para sus acciones, pues se convencen de que *solo están siguiendo órdenes y que si ellos no lo hacen lo hará otro*. Lo anterior, permite que el hombre de atrás tenga un mayor dominio del hecho, incluso superior que en los casos de autoría mediata por coacción o error.

Esta corta revisión de los elementos de la teoría de Roxin ratifica lo expuesto frente a las imprecisiones en las que incurrió la Corte Constitucional colombiana al analizar el concepto de máximos responsables, por cuanto, bajo la teoría de Roxin: primero, no puede considerarse responsable a quien no tuvo una intervención decisiva en el hecho, pues tanto el autor mediato como el inmediato debían ostentar el dominio del hecho. El autor mediato debía tener el dominio de la organización y el ejecutor material, el dominio de la acción.

⁵² ROXIN, Claus. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado. Pág. 19 “Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Revista de Estudios de la Justicia No. 7 Año 2006. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁵³ ROXIN, Claus. Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, Revista Goldammer’s Archiv 2012, Pág. 395.

Segundo, el análisis *ex post*, sobre el carácter criminal de la organización es un elemento típico de la teoría de Roxin en la que la organización es el instrumento con el que se cometen los delitos. Dicha conclusión no puede trasladarse sin más a la figura de la responsabilidad de mando, cuyo fundamento es distinto. Esto podrá entenderse mejor tras el análisis de esta última forma de responsabilidad, la cual se realizará en el acápite siguiente.

Resta señalar que, aunque actualmente la teoría de Roxin se aplica en Alemania, en tribunales⁵⁴ y codificaciones⁵⁵ internacionales, en varios países de Europa⁵⁶ y en América Latina⁵⁷, incluido Colombia⁵⁸, inicialmente no tuvo acogida, pues implicaba una profunda innovación iusfilosófica, para la que Alemania no estaba lista.

2.1.2 Innovación iusfilosófica.

Roxin revolucionó la forma de entender el pasado de la historia alemana. En el momento en que desarrolló su teoría, Alemania atravesaba una etapa de negación de su vergonzoso pasado nacionalsocialista, empeñándose en minimizar y olvidar los crímenes cometidos durante el Tercer Reich.

⁵⁴ Así, por ejemplo, con algunas variaciones, la teoría de Roxin ha sido utilizada en los casos de Lubanga, Katanga y al Bashir.

⁵⁵ En el Estatuto de Roma, se encuentra regulada en el inciso 3 del artículo 25, en donde se señala que “*será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”.

⁵⁶ Fundamentalmente en España.

⁵⁷ En Argentina, la teoría de Roxin ha sido aplicada para juzgar crímenes cometidos durante la Dictadura y en Perú se utilizó para condenar al expresidente Alberto Fujimori.

⁵⁸ En nuestra legislación, la autoría mediata se encuentra recogida en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, en el que se señala que autor es quien realizar la conducta punible por sí mismo o *utilizando a otro como instrumento*. Ahora, aunque esta redacción parecería aludir exclusivamente a los dos tipos tradicionales de autoría mediata a través de coacción y engaño, se ha aceptado que la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder también puede encuadrarse en la descripción de este artículo, bajo una concepción amplia en la que el instrumento (autor inmediato) puede actuar dolosamente y en la que, como ha aclarado Roxin, el verdadero instrumento es el aparato de poder. SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. *Ob. Cit.* Pág. 288.

En este estado de amnesia colectiva, los jueces insistían en aplicar la teoría subjetiva de la participación, de acuerdo con la cual, lo que definía la responsabilidad del sujeto no era su intervención en el hecho sino el *ánimo* con el que había actuado, de modo que si lo que había hecho era seguir órdenes, se entendía que no actuaba por su propio interés y, por ende, apenas respondía como cómplice. Ello hizo posible que mandos medios e incluso los jefes militares del gobierno nazi, quienes habían jugado un papel fundamental en la denominada “solución final”, recibieran penas irrisorias o ninguna sanción en absoluto.

Eichmann, por ejemplo, era considerado por algunos como un simple cómplice. Otros aseguraban que no era responsable de ningún delito, pues se limitó a llevar a cabo actividades logísticas de transporte de detenidos y lo que sucediera con estos en su lugar de destino (entiéndase los campos de concentración), se salía de sus manos.

Roxin, por su parte, encontraba inconcebible que los criminales de escritorio (*Schreibtischtäter*) fueran juzgados como partícipes, con penas simbólicas o pocos años de prisión y no como lo que verdaderamente eran, es decir, como autores de un genocidio. De hecho, Roxin ha explicado que la *causa inmediata* de su empeño por desarrollar la teoría del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, fue el proceso de Jerusalén contra Adolf Eichmann⁵⁹. El Tribunal de Jerusalén consideró que Eichmann era un coautor

⁵⁹ En ocasiones se señala que el Tribunal de Jerusalén utilizó la teoría de Roxin para sancionar a Eichmann. Esto es un error. El Juicio de Eichmann transcurrió entre 1961 y 1962 y la teoría de Roxin se publicó en 1963. De hecho, el propio Roxin ha indicado que fue dicho juicio el que inspiró su teoría: “*la causa inmediata para este empeño [se refiere a construcción de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados] fue el recién terminado proceso en Jerusalén en contra de Adolf Eichmann, un responsable principal del asesinato de judíos en la época nazi*”. Claus Roxin, Conferencia “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”, pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la Clausura del Curso de Doctorado “Problemas Fundamentales del Derecho Penal y la Criminología” de la

y lo condenó a muerte. Si hubiera sido procesado en Alemania habría recibido una pena simbólica, pese a haber asistido a la famosa reunión en la que se planeó la solución final y ser el responsable de enviar a miles de judíos a morir a los campos de concentración.

Por supuesto, la novedosa teoría de Roxin no cayó bien en la Alemania de los años sesenta. La revista jurídica *Juristenzeitung*, por ejemplo, se negó a publicar un artículo en el que la explicaba. Fue solo 30 años después, tras la caída del muro de Berlín en 1994, que la jurisprudencia alemana acogió la teoría de Roxin en los casos de *los centinelas del muro*. El Tribunal Supremo Alemán condenó como autores, tanto a los guardias de la frontera, como a los miembros del Consejo de Seguridad que habían ordenado impedir que los fugitivos pasaran a la República Federal de Alemania, incluso si ello requería disparar a matar. Finalmente, y gracias a la teoría de Roxin, empezó a reescribirse adecuadamente el pasado nazi.

Esta innovación iusfilosófica de Roxin permite comprender que aunque la dogmática penal sirve para sistematizar conceptos y orientar las decisiones judiciales, lo realmente importante es que sea útil para la consecución de la justicia material y *“lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre si “los perros son galgos o podencos” empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos”*⁶⁰.

Universidad Pablo Ovalle, Sevilla. Revista de Estudios de la Justicia No. 7. Año 2006. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Ver también. Cfr. El Caso Eichmann. AMBOS, Kai. *Ob. Cit.* Pág. 89.

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”. Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional “Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales”, celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre del 2012. Pág. 117.

Esta es una lección que podría aprovecharse en el marco de la justicia transicional, en especial, cuando quiera que se pretenda interpretar y aplicar la figura de la responsabilidad del superior. Lo anterior, por cuanto esta doctrina tiene una profunda trascendencia para los derechos de las víctimas de violencia sexual y para la sociedad en general, pues ofrece la posibilidad de escribir adecuadamente la historia, mediante la sanción de quienes tuvieron un rol decisivo en la comisión de los peores crímenes.

2.2 RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Ahora bien, ¿qué hay de aquellos eventos en los que los subalternos cometen delitos que no han sido ordenados por los miembros de la cúspide? Es decir, ¿qué hay de aquellos casos en los que quienes pertenecen a los rangos más altos⁶¹, no han dominado la voluntad de los subalternos, sino que estos han actuado, por decirlo así, según su propia voluntad?

¿Cabría en estos eventos algún tipo de responsabilidad para los superiores por no haber controlado a sus subalternos? Y si deben responder, exactamente ¿de qué responderían? En particular ¿responderían por un delito de omisión propia, o responderían por los delitos cometidos por sus subalternos? ¿Responderían como autores o como partícipes?

Adicionalmente ¿debería responder únicamente el superior que omitió actuar a sabiendas que ciertos hechos delictivos se estaban cometiendo o iban a cometerse, o también debería sancionarse al superior que no tenía dicho conocimiento, pero *debió haber sabido*? Finalmente ¿sería responsable si tuvo

⁶¹ O incluso a los mandos medios.

conocimiento de los hechos sólo tras su consumación y, de ser así, por qué respondería?

Los anteriores interrogantes encuentran respuesta en la doctrina de la responsabilidad del superior, figura que, en Colombia, resulta fundamental para investigar, juzgar y sancionar los crímenes sexuales cometidos en contra de las mujeres en el conflicto armado.

A continuación, retomaré las principales providencias en las que se ha aplicado esta figura por parte de tribunales internacionales, así como su regulación en el derecho internacional⁶². Dicho recorrido resulta necesario porque, a diferencia de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, la doctrina de la responsabilidad de mando no se concibió por un solo autor, sino que se construyó a lo largo de la historia, fundamentalmente a partir de casos en los que se atribuyó a los superiores los crímenes de sus subordinados. Este recuento histórico, permitirá dilucidar sus elementos, los cuales inicialmente fueron más de tipo moral y de conveniencia⁶³, pero posteriormente se delinearon con gran precisión jurídica.

⁶² Algunos rastrean los primeros antecedentes de la responsabilidad del superior a i) las Convenciones de la Haya IV y X y al caso Emile Müller de la Corte Suprema de Leipzig. Ilias Bantekas. THE CONTEMPORARY LAW OF SUPERIOR RESPONSIBILITY. Bantekas, I. (1999). The Contemporary Law of Superior Responsibility. American Journal of International Law, 93(3), 573-595. doi: 10.2307/2555261. Pág. 573. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/contemporary-law-of-superior-responsibility/47A461016A4C1E83D495F4FA2680D150> PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 10: 153-198, noviembre de 2007. Págs. 156 y 157. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82401006>

⁶³ Weigend recuerda que en el caso contra Wilhelm von Leeb, el Tribunal concluyó que el oficial debía responder porque violó una *obligación moral*, al mantenerse al margen mientras sus subordinados ejecutaban órdenes criminales. Por tanto, no podía lavarse las manos de la responsabilidad internacional bajo el argumento de que no había hecho nada. Así, sostuvo el Tribunal: “*Under basic principles of command authority and responsibility, an officer who merely stands by while his subordinates execute a criminal order of his superiors which he knows is criminal, violates a moral obligation under international law. By doing nothing cannot wash his hands of international responsibility*”. WEIGEND, Thomas. Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional. REYES ALVARADO, Yesid.

2.2.1 El Caso Yamashita.

En 1945, el general Tomoyuki Yamashita se encontraba al mando del ejército japonés que torturó y dio muerte a miles de personas en Manila. El Tribunal Internacional para el Lejano Oriente lo condenó a muerte, bajo el argumento que omitió ilícitamente su deber de controlar las operaciones de los miembros bajo su cargo.

Ahora, aunque es usual que se cite este caso como un hito en cuanto a la responsabilidad de los superiores, la providencia mediante la cual se condenó a Yamashita ha sido objeto de fuertes críticas, las cuales permiten vislumbrar los desafíos que enfrentan las partes y funcionarios judiciales en los casos en que se debate la responsabilidad indirecta del superior frente a los crímenes de sus tropas.

En concreto, se ha cuestionado⁶⁴ que se hubiera condenado al general japonés a pesar de que no tuvo posibilidad alguna de impedir los delitos que se le atribuyeron, ya que se encontraba a más de 200 kilómetros de Manila cuando se cometieron y no podía comunicarse con su ejército. Al respecto, Jiménez de Asúa, señala:

[L]os Estados Unidos se vanagloriaban de que, mediante las Fuerzas Aéreas, se había destruido toda posibilidad de nexo entre el Estado Mayor que Yamashita presidía, y los soldados que él comandaba. Si se ha probado con documentos oficiales que se había roto todo nexo guerrero y era imposible que mandara órdenes y, por tanto, impidiera atrocidades,

Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018. Pág. 127.

⁶⁴ Se le ha criticado que haya sido una Comisión Militar del vencedor (Estados Unidos en este caso), la que se hubiera encargado del juzgamiento de Yamashita y que, en el juicio, presuntamente, no se hubieran respetado las garantías del procesado. Prueba de ello sería que el juicio de hechos tan complejos apenas hubiera durado unos días (inició el 29 de octubre y culminó el 7 de diciembre de 1945).

se castigaba a Yamashita por un delito que no era posible que hubiera perpetrado.⁶⁵

Ahora, más allá de las críticas que puedan surgir respecto de la legitimidad de este juicio, lo cierto es que constituye el primer antecedente claro⁶⁶ sobre la figura de la responsabilidad del superior y, por tanto, una referencia obligada en cualquier estudio de la misma.

La Corte Constitucional colombiana, siguiendo lo expuesto por Kai Ambos⁶⁷, se ha referido en varias ocasiones al caso del general Yamashita como el primer caso en el que se define el deber de los comandantes de controlar las operaciones de sus subalternos.

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por “omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas”, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma.⁶⁸

⁶⁵ Citado por SUÁREZ DÍAZ y VELASCO CHAVES, JIMENEZ DE AZUA, 1950, t, II, p, 1214.

⁶⁶ Algunos autores citan antecedentes previos al caso Yamashita, sobre todo, en manuales militares locales. Sin embargo, el caso Yamashita es el primer antecedente de los deberes de los superiores en los términos en los que se conciben hoy en día.

⁶⁷ Cfr. AMBOS, Kai. *Temas del Derecho Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá 2001. Págs. 117 y ss. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Oscar Julián Guerrero. Jaime Córdoba Triviño. *Derecho Penal Internacional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2001. Págs. 37 y ss.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencias SU- 1184 de 2001, T-327 de 2004 y C-290 de 2012.

Así mismo, al referirse a la regulación de la responsabilidad del superior en el Estatuto de Roma⁶⁹, la Corte Constitucional se remontó al caso del general japonés.

[N]o se requiere probar que el jefe militar o el que actúa como jefe militar haya impartido una orden específica de cometer un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, pues dicho jefe militar puede ser responsable aún por actos de sus subordinados que él no haya conocido pero que, dadas las circunstancias del caso, haya debido conocer, impedir, reprimir o denunciar, como se estableció en el célebre caso Yamashita.⁷⁰

Finalmente, resulta interesante que en la jurisprudencia colombiana la única referencia sobre el caso Yamashita frente a delitos específicos tenga que ver precisamente con la violencia sexual en el marco del conflicto. En este sentido, la Corte sostuvo que el caso Yamashita ha contribuido a consolidar la prohibición de ataques sexuales en los conflictos armados.

El antiguo primer ministro del Japón, Hirota, también fue condenado por estas atrocidades. Esta decisión, y la de la Comisión Militar de los Estados Unidos en Yamashita, junto con la maduración como norma consuetudinaria de la prohibición fundamental de los ataques contra la dignidad personal establecida en el artículo 3 común, han contribuido a la evolución de normas de derecho internacional universalmente aceptadas que prohíben la violación, así como los ataques sexuales graves⁷¹.

⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sala Plena. LAT -223. (30, julio, 2002). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-578 de 2002.

⁷⁰ United States v. Yamashita, (1947) 4 LRTWC I. Se trataba en este caso de un general japonés sindicado de cometer crímenes de guerra en Filipinas, al omitir el ejercicio responsable del comando de sus tropas que saquearon Manila. La Comisión Militar de Estados Unidos que juzgara a Yamashita destacó que si bien no podía condenarse a un comandante por las actuaciones de sus soldados “donde homicidios y violaciones y acciones depravadas y vengativas son ofensas difundidas, y no hay un intento efectivo por parte de un comandante de descubrir y controlar actos criminales, semejante comandante puede ser considerado responsable, aun criminalmente responsable, por actos ilegales de sus tropas...”, citado por W. SCHABAS, Principios de derecho penal *Op. Cit.* p. 299.

⁷¹ Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso del Fiscal v. Anto Furundzija, decisión del 10 de diciembre de 1998. Numeral 168. Citado por la Corte Constitucional en los Autos 251 de 2008, 092 de 2008 y en la sentencia T-677 de 2011.

En suma, podría decirse que el caso del general Tomoyuki Yamashita es relevante porque: i) constituye el primer antecedente claro sobre la figura de la responsabilidad de mando⁷²; ii) define el deber de los comandantes de controlar las operaciones de sus subalternos; iii) establece la posibilidad de derivar responsabilidad de los comandantes que no hubieran estado en el lugar en el que se cometieron los crímenes; iv) fija el deber de los superiores de adoptar medidas especiales para que sus subordinados no violen los derechos humanos; v) determina que el comandante es responsable de los actos que no conoció de sus subordinados pero que, dadas las circunstancias, debió haber conocido, impedido o reprimido; vi) es un antecedente relevante para analizar crímenes relacionados con violencia sexual en el marco de los conflictos armados; vii) permite concluir que los superiores deben ser juzgados como máximos responsables de los crímenes cometidos por sus tropas, pues sobre ellos recae una especial responsabilidad para evitar o reprimir los actos de sus subordinados que resulten violatorios de los derechos humanos; viii) para algunos, resulta útil para analizar los excesos de la aplicación de la figura.

2.2.2 Tribunales bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado.

Los procesos que se llevaron a cabo para juzgar a los responsables de los crímenes del holocausto⁷³ presentan ciertas variaciones respecto de la línea fijada en Yamashita, especialmente en lo que tiene que ver con el *mens rea* exigido para el superior, en el que la jurisprudencia no fue uniforme. Sin

⁷² La Corte Constitucional ha señalado que la figura de la responsabilidad del superior se delineó inicialmente por vía jurisprudencial a partir del caso Yamashita y solo posteriormente se reflejó en normas jurídicas. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

⁷³ En los juicios de Núremberg únicamente se atribuyeron responsabilidades directas. Los superiores se juzgaron por haber participado en la comisión de los crímenes o por haber dado órdenes para cometerlos, razón por la cual no existen referencias a casos de responsabilidad de mando. Algunos casos como el del Alto Mando, en el que se hizo referencia a este tipo de responsabilidad, si bien se llevaron a cabo en Núremberg, no se adelantaron ante el Tribunal Internacional Militar, por lo que se conocen como los juicios posteriores a Núremberg.

embargo, la responsabilidad de mando siguió abriéndose camino en el derecho internacional gracias a estos juicios en los que se fortaleció la idea de la responsabilidad de los superiores por no controlar las actuaciones de sus subalternos.

En el caso de “**los médicos**”⁷⁴, el tribunal halló responsable a Handloser por los experimentos médicos que sus subordinados practicaron sobre seres humanos, porque se sabía que quienes no eran ciudadanos alemanes se usaban como sujetos de experimentos y, a pesar de tener esta información, no ejerció un control apropiado sobre aquellos⁷⁵. Así las cosas, declaró que el superior militar tiene un deber afirmativo de tomar las medidas que se encuentren en su poder y, *de acuerdo con las circunstancias*, de controlar a aquellos bajo su mando, a fin de prevenir actos que violen la ley de guerra.

En el caso de “**los rehenes**”⁷⁶, se indicó que el comandante debía ser responsable de los actos que sabía o debería haber conocido y se asoció el deber de conocimiento con la obligación del comandante de estar informado sobre lo que ocurría en el territorio bajo su control. La defensa alegó que el acusado no tenía conocimiento de los asesinatos cometidos en su territorio porque no estaba en su cuartel general cuando llegaron los informes. Sin embargo, el Tribunal señaló que los informes se hacían precisamente para informar a los superiores (valga la redundancia), por tanto, debían pedirlos y, si eran incompletos, debían solicitar informes adicionales. Por tanto, si no

⁷⁴ Oficialmente conocido como Estados Unidos versus Karl Brandt. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c18557/pdf/>

⁷⁵ In connection with Handloser's responsibility for unlawful experiments upon human beings, the evidence is conclusive that with knowledge of the frequent use of non-German nationals as human experimental subjects, he failed to exercise any proper degree of control over those subordinated to him who were implicated in medical experiments coming within his official sphere of competence. This was a duty which clearly devolved upon him by virtue of his official position. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c18557/pdf/> Pág. 207.

⁷⁶ Oficialmente: Estados Unidos versus Wilhelm List.

obtenía información completa se debía a su propia negligencia y por ende no podían alegar el abandono de su deber como defensa⁷⁷.

Distinto fue el estándar aplicable en el caso del “**Alto Mando**”⁷⁸, en el que concluyó que debía existir un conocimiento efectivo⁷⁹, porque en virtud de la descentralización de las guerras actuales, los superiores no podían mantenerse informados de todo lo que pasa en las operaciones militares. Sin embargo, se advirtió que el oficial que presenciaba cómo sus subordinados ejecutan una orden criminal de sus superiores, y no hacía nada para evitarlo, incurría en responsabilidad bajo el derecho internacional⁸⁰. Curiosamente, según el Tribunal, el fundamento para derivar este tipo de responsabilidad, era la violación de una obligación *moral*.

2.2.3 Tribunal Militar para el Lejano Oriente o Tribunal de Tokio.

Lo más interesante de los casos juzgados en este tribunal, es que no solo se juzgó a los superiores militares sino también a los civiles, específicamente, a altos oficiales del gobierno por no impedir los actos crueles y criminales cometidos, principalmente, contra los prisioneros de guerra⁸¹.

En el caso del Ministro de Relaciones Exteriores, **Mamoru Shigemitsu**, se concluyó que no tomó las medidas adecuadas para investigar las condiciones

⁷⁷ Disponible en: [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1 .pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf) Págs. 1271 y 1272.

⁷⁸ Registrado como el caso de Estados Unidos versus Wilhelm von Leeb.

⁷⁹ Cfr. SUÁREZ DÍAZ y VELASCO CHAVES. Justicia transicional verdad y responsabilidad. Ob. Cit. Pág. 188.

⁸⁰ Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/a5f026/pdf/> Pág. 75 “[u]nder basic principles of command authority and responsibility, an officer who merely stands by while his subordinates execute a criminal order of his superiors which he knows is criminal violates a moral obligation under international law. By doing nothing he cannot wash his hands of international responsibility”.

⁸¹ Cfr. SUÁREZ DÍAZ y VELASCO CHAVES. Justicia transicional verdad y responsabilidad. Ob. Cit. Pág. 188.

en que se encontraban los presos y que debería haber presionado e incluso renunciado, si quería librarse de una responsabilidad que sospechaba que no se estaba cumpliendo⁸².

También se condenó a **Koki Hirota**, quien fungía como Ministro de Relaciones Exteriores de Japón cuando se cometió la masacre de Nanking. El Tribunal destacó que Hirota tenía el deber de insistir que se tomaran acciones inmediatas para detener las atrocidades, pero se conformó con las promesas del ministro de guerra, quien le aseguró que se pondría fin a las atrocidades perpetradas por las fuerzas japonesas en Nanking. No obstante, recibió informes que demostraban que estas continuaban cometándose y, pese a ello, fue negligente en su deber de evitarlas. *“He was content to rely on assurances which he knew were not being implemented while hundreds of murders, violations of women, and other atrocities were being committed daily. His inaction amounted to criminal negligence”*⁸³.

En el caso de **Soemu Toyoda**, comandante de la Armada Imperial Japonesa, el Tribunal definió: i) que el superior debe ser castigado si supo o debió haber sabido de las atrocidades cometidas por sus subalternos, o de una rutina que las apoyara y, pese a ello, no hizo todo lo que estaba en su poder para prevenirlas o para castigar a los perpetradores y permitió que estas continuaran y ii) que no se requería un conocimiento efectivo, pues si se determinaba que al ejercer una diligencia ordinaria el comandante podría

⁸² “[H]e took no adequate steps to have the matter investigated, although he, as a member of the government, bore overhead responsibility for the welfare of the prisoners. He should have pressed the matter, if necessary to the point of resigning, in order to quit himself of a responsibility which he suspected was not being discharged”. Citado en la sentencia del caso Čelebići. Pág. 133.

⁸³ Citado por la sentencia del caso Čelebići. Pág. 132. “El Tribunal es de la opinión que HIROTA fue negligente en su deber, al no insistir ante el Gabinete que se tomaran medidas inmediatas para poner fin a las atrocidades, “(...) Estaba feliz de “confiar” en garantías que sabía que no estaban siendo implementadas, mientras cientos de asesinatos, violaciones de mujeres y otras atrocidades se cometían diariamente. Su inacción alcanzó el nivel de una negligencia criminal”. (Traducción libre).

haber obtenido dicho conocimiento, se consideraba responsable⁸⁴. En todo caso, reconoció que, aunque la teoría podía resultar sencilla, su aplicación no lo era⁸⁵.

Como puede observarse, el Tribunal de Tokio fijó una línea dura en cuanto a los deberes de los superiores civiles, pues estos se consideran responsables de las atrocidades cometidas, incluso si habían tomado medidas para evitarlas. Tanto en el caso de Shigemitsu como en el caso de Hirota se les reprochó no haber insistido o presionado suficiente a otros superiores civiles a fin de evitar que se perpetraran los delitos por los cuales se les condenó. En este último caso, se advirtió que el único camino posible para librarse de la responsabilidad penal, cuando las acciones adelantadas no han sido efectivas, era renunciar al cargo, pues de lo contrario, el superior sería responsable de los crímenes cometidos. En suma, el superior no puede conformarse con adoptar medidas formales.

Además, en el caso de los superiores militares, el Tribunal de Tokio dejó claro que podrían ser responsables incluso si no tenían la información de la comisión de los crímenes, en los casos en los que podrían haber obtenido dicho conocimiento de haber ejercido la diligencia debida.

⁸⁴ *"In the simplest language it may be said that this Tribunal believes that the principle of command responsibility to be that, if this accused knew, or should by the exercise of ordinary diligence have learned, of the commission by his subordinates, immediate or otherwise, of the atrocities proved beyond a shadow of a doubt before this Tribunal or of the existence of a routine which would countenance such, and, by his failure to take any action to punish the perpetrators, permitted the atrocities to continue, he has failed in his performance of his duty as a commander and must be punished"*. Transcripción oficial del Juicio. Págs. 5005 y 5006.

⁸⁵ *"La teoría es sencilla; su aplicación no. [...] Su culpabilidad no puede determinarse en función de si tenía autoridad operativa, administrativa, o ambas. Si sabía, o debió haber sabido en virtud de un actuar razonablemente diligente, de la comisión de atrocidades por sus tropas y no hizo todo lo que estaba en su poder y capacidad en las circunstancias concretas para prevenir que se produjeran y castigar a los autores, abandonó sus deberes. Sólo restará establecer el grado de su culpabilidad"*. Cfr. Centre for International Law Research and Policy. Directrices de Derecho Penal Internacional: Responsabilidad de los Jefes Militares. Pág. 123.

2.2.4 Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

Los protocolos adicionales I y II se adoptaron en 1977 a fin de complementar la regulación de los convenios de Ginebra de 1949. El Protocolo I contiene 2 artículos relativos a la responsabilidad de los comandantes:

Artículo 86 - Omisiones (...) 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.*

Artículo 87 - Deberes de los jefes

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.*

2. *Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.*

3. *Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.*

Una década después de la publicación de los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, el CICR publicó “los comentarios” de dichos

instrumentos⁸⁶. Entre los comentarios del Primer Protocolo Adicional, existe un acápite especial sobre los deberes de los comandantes, del cual considero relevante destacar los siguientes puntos, que podrían perderse de vista con la simple lectura de los artículos citados:

i) Aunque no puede esperarse que en medio de una batalla el comandante ejerza control sobre sus tropas todo el tiempo, debe asegurarse de que estas cumplan las reglas de los Convenios y el Protocolo, incluso cuando momentáneamente las pierda de vista. Esto se lograría, según el comentario, a través de la imposición de una disciplina suficiente sobre las tropas⁸⁷. El comandante, entonces, debería ejercer dos tipos de controles: uno directo o inmediato, cuando *tiene a la vista a sus tropas*, y otro indirecto o diferido, en tanto debe haber instruido o disciplinado a estas de tal manera que asegure que, en el futuro, cuando no se encuentren en el mismo lugar que su comandante, obedezcan las disposiciones del Convenio y los protocolos adicionales.

ii) La expresión “comandante” se refiere a todas las personas que tengan responsabilidad del mando, incluidos los líderes con sólo unos pocos hombres bajo su poder. Los comentarios incluso mencionan que a un soldado común puede serle imputado este tipo de responsabilidad si, por ejemplo, asume el cargo de jefe de pelotón en el momento en que su oficial al mando ha caído⁸⁸.

⁸⁶ Aunque en estricto sentido estos comentarios no provienen del CICR si no de un grupo de expertos, lo cierto es que los mismos se realizaron con el apoyo de la comisión jurídica del comité y la colaboración de Jean Pictet, ex vicepresidente honorario del CICR, por invitación del propio presidente del CICR, Alexandre Hay, luego constituyen una importante herramienta a la hora de interpretar los protocolos.

⁸⁷ “...in this case he must impose discipline to a sufficient degree, to enforce compliance with the rules of the Conventions and the Protocol, even when he may momentarily lose sight of his troops”. Párrafo 3550. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

⁸⁸ Párrafo 3553. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

iii) Es posible que un comandante tenga a su cargo a algunos miembros de tropa que regularmente no están bajo su autoridad, pero que, para alguna operación particular, le fueron asignados temporalmente⁸⁹. Mientras dichos subordinados permanezcan bajo su autoridad, el comandante debe asegurarse que respeten lo previsto por la Convención y los Protocolos Adicionales.

iv) La obligación de los comandantes no se limita al comportamiento de sus tropas, sino que se extiende a *otras personas bajo su control*. Este tipo de responsabilidad indirecta⁹⁰ se aplicaría, por ejemplo, a un comandante que permite que la población civil de un territorio ocupado maltrate a los prisioneros a su cargo, a pesar de que los pobladores no se encuentran oficialmente bajo su autoridad⁹¹.

v) El comandante que tenga a su cargo un territorio, debe tomar las medidas que estén en su poder para asegurar el cumplimiento de la Convención en dicho territorio, incluso por tropas que no estén bajo su mando⁹².

vi) Si un comandante descubre que se ha cometido o va a cometerse una infracción en un sector que no está bajo su cargo, se encuentra obligado a

⁸⁹ Párrafo 3554 Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

⁹⁰ La responsabilidad indirecta se predicaría del comandante frente a su tropa.

⁹¹ Párrafo 3555. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

⁹² Párrafo 3555. "He is responsible for restoring and ensuring public order and safety as far as possible, and shall take all measures in his power to achieve this, even with regard to troops which are not directly subordinate to him, if these are operating in his sector". Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

hacer todo lo posible para lidiar con dicha situación. En especial, tiene el deber de informar sobre el asunto al comandante responsable de dicho sector⁹³.

vii) Los comandantes deben garantizar que los miembros de las fuerzas armadas bajo su mando estén al tanto de sus obligaciones en virtud de lo previsto en las Convenciones y Protocolos. Para el efecto, deberán llevar a cabo capacitaciones periódicas e incluso, cuando sea necesario, debe instruirse a la tropa antes de una operación militar para abordar específicamente las acciones que deben evitarse⁹⁴.

viii) Los comandantes, por encima de cualquier otra persona, están en la capacidad de prevenir las infracciones, al crear un apropiado “*frame of mind*” entre sus tropas, al asegurarse que los medios de combate se usen racionalmente y al mantener la disciplina. Además, su rol los obliga a estar constantemente informados sobre la forma en que sus subordinados llevan a cabo las tareas que se les encomiendan, lo cual constituye el punto de partida de cualquier acción para reprimir o castigar una infracción⁹⁵.

Ahora bien, en los comentarios se menciona que esta obligación fue catalogada como poco realista, porque un comandante debe concentrarse en el combate y no en el cumplimiento de la Convención y los Protocolos. Sin embargo, en contra de esta objeción, los comentaristas indicaron que el deber de instruir a los miembros de las fuerzas armadas y de inculcar hábitos compatibles con los Convenios, no tiene lugar durante el combate, sino mucho antes, e incluso con anterioridad al inicio del conflicto.

⁹³ Párrafo 3555. “As regards the commander who, without being invested with responsibility in the sector concerned, discovers that breaches have been committed or are about to be committed, he is obliged to do everything in his power to deal with this, particularly by informing the responsible commander”. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

⁹⁴ Párrafo 3558. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

⁹⁵ Párrafo 3560. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=36FC92EB9E83FBBEC12563CD00437BFB>

2.2.5 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY).

El estatuto de este Tribunal consagra la figura de la Responsabilidad de Mando en el numeral 3 del artículo 7 en términos similares a los del Primer Protocolo Adicional de las Convenciones de 1949⁹⁶.

Artículo 7. Responsabilidad penal individual (...)

3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

Por otro lado, el TPIY abordó ampliamente la figura de la responsabilidad de mando en el famoso caso de Čelebići⁹⁷, un campo de prisioneros ubicado en Bosnia y Herzegovina, en donde cientos de mujeres y hombres serbio – bosnios, fueron asesinados, agredidos sexualmente y torturados, por fuerzas musulmanas y croatas.

Ahora, dada la indudable importancia de la sentencia del caso Čelebići en el desarrollo de la figura de la responsabilidad del superior, conviene revisar los principales aspectos de la misma.

⁹⁶ En la sentencia del caso Čelebići, el TPIY aclaró que, aunque no se hacía una mención expresa a esta forma de responsabilidad, la misma había quedado consagrada en el artículo 7.3. Obtenido de: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

⁹⁷ El TPIY destacó que este caso era especialmente relevante porque, por primera vez desde los juicios de la segunda guerra mundial, un Tribunal Internacional se ocupaba de esclarecer el concepto de la responsabilidad del superior y de enfatizar que era aplicable a militares y a civiles, que ostentaran la calidad de superior de *jure* o de *facto*. *Press Release*. Čelebići case: the Judgement of the Trial Chamber. Zejnil Delalic acquitted, Zdravko Mucic sentenced to 7 years in prison, Hazim Delic sentenced to 20 years in prison, Esad Landzo sentenced to 15 years in prison. Disponible en: <http://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years>.

Sentencia de Primera Instancia⁹⁸. En primer lugar, el TPIY recordó que el principio según el cual un superior puede ser considerado penalmente responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados hace parte del derecho internacional consuetudinario⁹⁹. Adicionalmente, se refirió a cada uno de los elementos de la figura de la responsabilidad de mando de acuerdo con el artículo 7.3 así:

A. Relación de superior-subordinado: La posición de mando es una condición necesaria para imponer responsabilidad bajo esta figura, pero esta puede ser legal o de facto. La existencia de tal posición se determina en virtud de la capacidad material de controlar las acciones de los subordinados y no a partir de una designación formal del individuo como comandante¹⁰⁰. “*The mere absence of formal legal authority to control the actions of subordinates should therefore not be understood to preclude the imposition of such responsibility*”.¹⁰¹

Además, los superiores son responsables por no prevenir o castigar las acciones de quienes *formalmente* no están bajo su mando, pero que de facto podían controlar, tal como se estableció en el artículo 87 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, según el cual, la responsabilidad del

⁹⁸ Sentencia de primera instancia. IT-96-21-T. Prosecutor V. Zejnil Delalic; Zdravko Mucic, also Known As “Pavo”; Hazim Delic Esad Landzo, also known as “Zenga”. 16 de noviembre de 1998. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf.

⁹⁹ Señaló que prueba de ello es que se contempla en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I, en influyentes codificaciones nacionales⁹⁹, en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 y, más recientemente, en el Estatuto de Roma.

¹⁰⁰ Dicha aclaración fue necesaria porque no existía una postura uniforme en la jurisprudencia internacional sobre la posibilidad de sancionar bajo la figura de la responsabilidad de mando a sujetos como los jefes de estado mayor. Respecto de estos, se alegaba que pese a ostentar una posición de superioridad, en realidad no tenían poder de mando, el cual únicamente ostentaba el comandante a quien ellos servían.

¹⁰¹ Por tanto, no debe entenderse que la mera ausencia de autoridad legal formal para controlar las acciones de los subordinados, excluya la imposición de tal responsabilidad. Traducción libre.

superior no solo se extiende hacia sus subordinados sino hacia “*las demás personas que se encuentren bajo su autoridad*”.

En suma, para que pueda aplicarse la responsabilidad del superior, éste debía ostentar un control efectivo o, en otras palabras, la posibilidad material de prevenir y castigar las violaciones del derecho internacional humanitario. Por tanto, el TPIY advirtió que debía tenerse cuidado de no responsabilizar a individuos por actos en donde el control no existía o era demasiado remoto.

Así mismo, el Tribunal recordó que esta figura no solo se aplica a los comandantes militares sino también a los superiores civiles, tales como los líderes políticos, lo cual ya había dejado en claro el Tribunal de Tokio en casos como el de Koki Hirota. No obstante, solo se extiende a los civiles que ejerzan un grado de control similar al de los comandantes militares¹⁰².

B. El Mens Rea “*Sabía o tenía razón para saber*”: El superior tendría el *mens rea* requerido para incurrir en este tipo de responsabilidad si: i) a través de evidencia directa o circunstancial, tenía conocimiento de que sus subordinados estaban cometiendo o estaban a punto de cometer los delitos mencionados en los artículos 2 a 5 del Estatuto o ii) tenía información sobre el riesgo de la comisión de tales delitos por sus subordinados, lo cual evidenciaría la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar si fueron cometidos o estaban a punto de ser cometidos.

¹⁰² El TPIY reafirmó esta postura en el caso Aleksovski. TPIY, Caso Aleksovski. pág. 30. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf> “*In this respect, the International Law Commission’s conclusion that civilian authorities are superiors if they exercise a degree of control with respect to their subordinates similar to that of a military person in an analogous command position¹²⁸ is a particularly relevant analytical aid. In the opinion of the Trial Chamber, a civilian must be characterized as a superior pursuant to Article 7(3) if he has the ability de jure or de facto to issue orders to prevent an offence and to sanction the perpetrators thereof*”.

i) En cuanto al **conocimiento efectivo (“sabía”)**, el Tribunal aclaró que ante la ausencia de evidencia directa sobre el conocimiento del superior frente a los delitos cometidos por sus subordinados, dicho conocimiento no podía ser presumido, sino que debía establecerse mediante pruebas circunstanciales tales como: a) el número de actos ilegales; b) el tipo de actos ilegales; c) el alcance de los actos ilegales; iv) el tiempo durante el cual ocurrieron los actos ilegales; d) el número y tipo de tropas involucradas; e) la logística involucrada; f) la ubicación geográfica de los actos; g) la ocurrencia generalizada de los hechos; h) el tempo táctico de las operaciones; i) el modus operandi de actos ilegales similares; j) los oficiales y el personal involucrado y k) la ubicación del comandante en ese momento.

ii) Respecto del estándar "**Tenía razones para saber**", el TPIY destacó que un superior no debía permanecer *voluntariamente* ciego frente a los actos de sus subordinados. Por tanto, el comandante que simplemente ignoraba la información que indicaba que sus subordinados estaban cometiendo crímenes o estaban a punto de cometerlos, incurría en un incumplimiento grave de su deber, de modo que podía ser considerado responsable.

La duda surge en las ocasiones en las que el superior no posee dicha información, pero no por un acto deliberado, sino como consecuencia de su propia negligencia frente al deber de supervisar a sus subordinados. Al respecto, el TPIY resaltó que, según la jurisprudencia posterior a la segunda guerra¹⁰³, los superiores deben mantenerse informados de las actividades de sus subalternos. Por tanto, deben informarse e incluso exigir que se les remitan informes complementarios en caso de que los primeros reportes estén incompletos. En otras palabras, *“si no exige o no obtiene información*

¹⁰³ La Sala recordó que, de acuerdo con el caso de Toyoda, la responsabilidad del superior se aplica a aquellos comandantes que sabían o debieron haber sabido mediante el uso de una diligencia razonable y que en los casos de los nazis Pohl y Roehling se concluyó que *“era su deber saber”*.

*completa, el incumplimiento del deber recae sobre él y no está en posición de defender su propio incumplimiento como defensa*¹⁰⁴.

Sin embargo, la Sala señaló que debía aplicar el derecho consuetudinario vigente al momento de la comisión de los hechos¹⁰⁵, por lo que, además de estos precedentes, tenía que remitirse al estándar previsto en el artículo 86 del Protocolo I, a la luz del cual el superior puede ser responsable solo si existía información específica disponible para él sobre la comisión o posible comisión de conductas criminales por parte de sus subordinados.

La Cámara de apelaciones confirmó esta idea¹⁰⁶. Adicionalmente aclaró que el conocimiento no podía presumirse a partir de una falla en el deber de obtener información relevante sobre un crimen. Dicho conocimiento solo podría presumirse en los casos en los que el superior tenía a su alcance los medios para obtener tal información, pero deliberadamente se abstuvo de obtenerlo. En síntesis, el incumplimiento del superior de su deber de mantenerse informado, si bien podría sancionarse bajo la disciplina militar, no necesariamente acarrearía algún tipo de responsabilidad penal.

Ahora, cabe aclarar que, posteriormente, el TPIY cambió radicalmente su postura frente al estándar *had reason to know*¹⁰⁷. En el caso Blaškić concluyó que, según el estándar fijado por la jurisprudencia posterior a la segunda

¹⁰⁴ *"If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defence"*. Esta idea se asemeja al estándar fijado en el caso de *Los Rehenes*.

¹⁰⁵ Por cuanto lo previsto en el Estatuto del TPIY podría constituir un derecho ex post facto. Cfr. PÉREZ LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. La responsabilidad del superior "sensu stricto" por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo. *Ob. Cit.* p. 161.

¹⁰⁶ Cámara de Apelaciones del TPIY. IT-96-21-A. 20 de febrero de 2001. Prosecutor V Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka "Pavo"), Hazim Delic And Esad Landžo (Aka "Zenga"). Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>. Págs. 65 en adelante.

¹⁰⁷ Sentencia de primera instancia. The Prosecutor V. Tihomir Blaškić. IT-95-14-T. 3 de marzo de 2000. Disponible en: www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf.

guerra mundial, los comandantes eran responsables de los crímenes de sus subordinados, cuando *debieron haber sabido*¹⁰⁸.

Además, aclaró que este estándar no se modificó con la adopción del PA I en 1977 pues, al leer el conjunto los artículos 86.2 y 87, se entiende que por el rol que cumplen los comandantes tienen la obligación de estar constantemente informados sobre la forma en que los subordinados cumplen las tareas encomendadas. Por tanto, deben adoptar las medidas que se requieran para cumplir esta obligación.

Así las cosas, definió que el comandante no solo era responsable si tenía información que le hiciera pensar que se estaban cometiendo delitos, como se había propuesto en el caso Čelebići, sino también cuando hubiera incumplido el deber de mantenerse informado. En otras palabras, si el comandante no adoptaba las medidas razonables para determinar si los subordinados están cometiendo delitos, dicha negligencia sí debía considerarse criminal¹⁰⁹.

C. Medidas necesarias y razonables. El TPIY reiteró que los superiores deben tomar medidas necesarias y razonables para evitar que sus subordinados cometan delitos, o para sancionarlos en caso que los hayan cometido. Sin embargo, advirtió que los superiores no están obligados a lo imposible, luego debía descartarse su responsabilidad si materialmente, por sus facultades legales o de facto¹¹⁰, no tenían el poder de adoptarlas.

¹⁰⁸ *From this analysis of jurisprudence, the Trial Chamber concludes that after World War II, a standard was established according to which a commander may be liable for crimes by his subordinates if "he failed to exercise the means available to him to learn of the offence and, under the circumstances, he should have known and such failure to know constitutes criminal dereliction. Ibid. Párrafo 322.*

¹⁰⁹ Cfr. BANTEKAS. The Contemporary Law of Superior Responsibility. Ob. Cit.

¹¹⁰ En este punto, el TPIY se apartó de la postura de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la cual considera que para que el superior incurra en este tipo de responsabilidad, debe tener la competencia **legal** para prevenir y castigar los crímenes. Disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_51_10.pdf&lang=EFSXP

D. Causalidad: El último asunto analizado por el TPIY frente a la responsabilidad del superior, se centró en los alegatos de la defensa frente a lo que consideraban un elemento adicional en el análisis de este tipo de responsabilidad, a saber, el nexo causal entre el crimen y la falta del superior. Para la defensa, el comandante no podía ser responsable de los actos de sus subordinados, si la omisión del superior no causó la comisión de la ofensa. Ello también se aplicaría frente a su deber de castigar los crímenes, en tanto podría argumentarse que la falta de castigo fue la causa de futuras ofensas, idea que por supuesto, pretendían descartar.

El TPIY consideró que el nexo causal no era un elemento separado¹¹¹, lo cual no significa que no se requiriera, sino que era inherente a la figura, porque si el superior no hubiera incumplido con su deber de actuar, los actos de sus subordinados no se habrían cometido. Además, explicó que, si se estableciera como un requisito separado, se socavaría el deber de los superiores de castigar los hechos de sus subordinados, pues lógicamente no podría exigirse un nexo causal frente a actos pasados.

Cabe destacar que el TPIY evadió la discusión más relevante de la defensa frente al nexo causal. El Tribunal se ocupó de descartar el nexo causal entre el deber de castigar y el crimen ya cometido, pese al planteamiento de la

. Pág. 26. The Commission decided that, for the superior to incur responsibility, he must have had the legal competence to take measures to prevent or repress the crime and the material possibility to take such measures.

En el caso Blaškić, el TPIY reafirmó su postura. “The lack of formal legal jurisdiction does not necessarily relieve the superior of his criminal responsibility. If subordinates act pursuant to criminal orders passed down from higher up in the chain of command the commander remains under an obligation to take all measures within his power”. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>. Pág. 106.

¹¹¹ Arnold alega que el TPIY determinó que la causalidad era un elemento separado. ARNOLD, Roberta. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers’ Note, Article by Article, Otto Triffterer (ed.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008. Pág. 835. No obstante, esta conclusión obedece a una lectura errada de la providencia, en la que claramente se estableció que no era un elemento separado sino inherente de la figura de la responsabilidad de mando.

defensa, según el cual, la omisión en el deber de castigar no podía servir de fundamento para responsabilizar a los comandantes de los hechos **futuros** cometidos por sus subalternos¹¹². Por fortuna, esta idea fue descartada en otras decisiones en las que queda claro que el deber de castigar está intrínsecamente relacionado con la prevención de delitos.

Finalmente, resulta relevante señalar que el TPIY hizo importantes aseveraciones respecto de la responsabilidad del superior en otros casos. En el caso Haszihasanovic, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones aclaró que esta figura también se aplicaba a los conflictos armados internos.

Were it otherwise, the Appeals Chamber would have to uphold that, “as argued by the Defence, it is not a crime for a commander in an internal conflict to fail to prevent or punish the killings committed by his subordinates,” i.e., even if the commander knows or has reason to know of the killings. The Appeals Chamber does not consider that it is required to sustain so improbable a view in contemporary international law; more particularly, it finds that such a view is not consistent with its reasoning in the Tadic Jurisdiction Decision and in the Čelebići Appeal Judgment, or with the reasoning of the Trial Chamber in Aleksovski. In the opinion of the Appeals Chamber, the Trial Chamber was correct in holding, after a thorough examination of the matter, that command responsibility was at all times material to this case a part of customary international law in its application to war crimes committed in the course of an internal armed conflict¹¹³.

Así mismo, al referirse a la relación entre superiores y subordinados, el TPIY aclaró, en distintos pronunciamientos, que no es necesario identificar

¹¹² El propio tribunal resumió la postura de la defensa así: “As noted above in sub-section (a), the Defense asserts the existence of a separate requirement of causation. It is contended that, if the superior’s failure to act did not cause the commission of the offence, the commander cannot be held criminally liable for the acts of his subordinates. The Defense submits that this applies also to a commander’s failure to punish an offence, as it may be argued that inaction in the form of failure to punish is the cause of **future** offences”. (Negrilla fuera del texto original).

¹¹³ Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm

individualmente a los subordinados, si no que basta con demostrar la relación entre el superior y la tropa¹¹⁴.

Además, en relación con el deber de prevenir, este Tribunal advirtió que el superior debe abstenerse de utilizar en sus operaciones de combate a quienes han cometido crímenes internacionales en el pasado¹¹⁵, o son particularmente violentos, o presuntamente han planeado cometer crímenes internacionales¹¹⁶.

Por último, cabe señalar que, en el caso *Aleksovski*, el TPIY señaló que, frente a los civiles, no debe probarse que tuvieron la posibilidad de sancionar, como ocurre con los comandantes militares, sino que tuvieron la oportunidad de poner el asunto en conocimiento de las autoridades pertinentes¹¹⁷.

¹¹⁴ OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12. Pág. 456.

¹¹⁵ Caso contra Hadzihasanovic & Kubura. Párrafo 89. Citado en OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12. Pág. 463

¹¹⁶ Caso contra Blaškić. Párrafo 285. Caso contra Halilovic. Párrafo 89. Citado por OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12. Págs. 464 y 465.

¹¹⁷ Sentencia de Primera Instancia. The Prosecutor V. Zlatko Aleksovski. IT-95-14/1-T. 25 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf> Pág. 30 “A civilian’s sanctioning power must however be interpreted broadly. It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities. Although the power to sanction is the indissociable corollary of the power to issue orders within the military hierarchy, it does not apply to the civilian authorities. It cannot be expected that a civilian authority will have disciplinary power over his subordinate equivalent to that of the military authorities in an analogous command position. To require a civilian authority to have sanctioning powers similar to those of a member of the military would so limit the scope of the doctrine of superior authority that it would hardly be applicable to civilian authorities. The Trial Chamber therefore considers that the superior’s ability de jure or de facto to impose sanctions is not essential. The possibility of transmitting reports to the appropriate authorities suffices once the civilian authority, through its position in the hierarchy, is expected to report whenever crimes are committed, and that, in the light of this position, the likelihood that those reports will trigger an investigation or initiate disciplinary or even criminal measures is extant”.

2.2.6 Regla Consuetudinaria 153.

En 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja encargó al CICR la preparación de un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados internacionales y no internacionales. Este se realizó con la ayuda de más de un centenar de expertos en DIH de varios países del mundo, incluido Colombia. Tras 10 años de trabajo, el informe culminó con la formulación de 161 normas, las cuales son de obligatorio cumplimiento para los Estados y todas las partes en conflicto, sin necesidad de una adhesión oficial¹¹⁸.

La norma 153 se refiere a la responsabilidad de los superiores por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados y es del siguiente tenor:

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.

Sobre esta norma, el informe elaborado por el CICR destaca que se trata de una antigua norma de derecho internacional consuetudinario¹¹⁹, aplicable tanto en conflictos internacionales como en conflictos internos, en la que: i) el

¹¹⁸ Cfr. CICR. El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen 1. Normas. Prólogo del Dr. Jakob Kellenberger. Pág. XII. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

¹¹⁹ A fin de probar que es una regla consuetudinaria, el informe de la CICR destaca que: i) con fundamento en esta norma varios jefes militares fueron condenados en los juicios posteriores a la II Guerra Mundial; ii) se ha regulado en múltiples codificaciones tales como el Protocolo adicional I, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los estatutos de tribunales internacionales como el TPIY, el TPIR y el Tribunal Especial para Sierra Leona, así como en el Reglamento n°. 2000/15 de la UNTAET para Timor Oriental y múltiples manuales militares y iii) ha sido aplicada en reiteradamente por el TPIY y el TPIR iv) también se ha aplicado por parte de jueces nacionales en casos de conflictos armados internos en Estados Unidos, Timor Oriental, Canadá y Argentina, entre otros.

superior puede ser una autoridad militar o civil; ii) la relación entre el superior y el subordinado puede ser legal o de facto, pues lo relevante es que hubiera existido una capacidad material de evitar la comisión de crímenes y castigar a los responsables; iii) *“no se limita a situaciones en las que el jefe o superior jerárquico tiene un conocimiento real de los crímenes cometidos o que iban a cometer sus subordinados, sino que basta un conocimiento inferido”*; iv) la ausencia de castigo a quienes cometen crímenes de guerra puede deberse a que los superiores no cumplen con sus deberes de investigar y denunciar; v) el castigo de los subordinados no subsana la negligencia del deber de prevenir; vi) los superiores deben tomar medidas necesarias y razonables para prevenir; vii) en ocasiones, el deber de prevenir o castigar puede cumplirse al comunicar el asunto a las autoridades competentes.

2.2.7 Estatuto de Roma¹²⁰ .

El artículo 28 del Estatuto de Roma (ER) prevé la responsabilidad del superior aplicable tanto a militares como a civiles y fija una serie de requisitos necesarios para su configuración. Esta regulación se analizará con detalle porque: i) es la regulación más detallada sobre la responsabilidad del superior; ii) nuestro país reconoció la jurisdicción de la Corte Penal Internacional¹²¹, de

¹²⁰ Cabe recordar que la competencia de la Corte Penal Internacional para procesar crímenes de guerra cometidos en el territorio colombiano por nacionales o extranjeros, inició el 1 de enero de 2009. Colombia, acogiéndose a la posibilidad prevista en el artículo 124 del Estatuto, no aceptó la competencia de la CPI antes de esa fecha. Además, para el resto de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, en particular el genocidio y crímenes de lesa humanidad, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en Colombia inició el 1 de noviembre de 2002.

¹²¹ Mediante el Acto Legislativo 02 de 2001 se reformó el artículo 93 de la Constitución el cual ahora contempla que *“El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”* Además, Colombia aprobó el Estatuto de Roma mediante la Ley 742 de 2002. Dicha ley, así como el texto de dicho estatuto,

modo que lo dispuesto en el Estatuto podría aplicarse frente a los delitos cometidos en Colombia, en los casos en los que la Corte Penal Internacional estime que no se hizo justicia a escala nacional, iii) permite mostrar los acuerdos a los que han llegado las naciones sobre sus elementos¹²², al menos para el derecho internacional y iv) dichos acuerdos resultan útiles para orientar la regulación y aplicación de la responsabilidad de mando en Colombia, de tal modo que se respeten sus fundamentos y no se desnaturalice.

El artículo 28 del ER, contiene una regulación bastante amplia y detallada sobre la responsabilidad del superior.

Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. *Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:*

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

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias

fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-578 del 30 de julio del mismo año.

¹²² Cfr. SUAREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Responsabilidad del superior en Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia. Revista No. 54 Ene-Febr. 2016.

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.

De acuerdo con este artículo, se requieren básicamente tres elementos para que se configure la figura de la responsabilidad de mando, los cuales se relacionan con: 1) el vínculo entre el superior y el subordinado; 2) el conocimiento del superior y 3) el deber del superior de prevenir, reprimir o *poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

I. Ítem a) del artículo 28, que regula la responsabilidad de los militares o quienes actúan como tales. El artículo 28 prevé la responsabilidad de los superiores militares o de quienes, sin ser militares, actúan como tales. Frente a estos sujetos, cabe destacar lo siguiente:

A. Relación superior/subordinado: Esta relación se predica del superior y de quienes se encuentren bajo su mando o control efectivo o bajo su autoridad y control efectivo.

i) Con la expresión “o que actúe efectivamente como jefe militar”, el Estatuto deja claro que ciertos individuos, pese a no ser formalmente comandantes militares, tienen la capacidad de controlar efectivamente tropas como si fueran militares, tal como sucedió en el caso de Bemba.

Esta expresión, además, cobra especial relevancia en grupos de guerrilla y paramilitares en los que no siempre existe un rango formalmente constituido¹²³.

¹²³ ARNOLD, Roberta. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers’ Note, Article by Article, Otto Triffterer (edt.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008. Pág. 826.

ii) Dado que el artículo 28 previó que el superior será responsable respecto de las fuerzas que estén bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, el superior puede ser considerado responsable por actos de subordinados que formalmente no estaban bajo su mando, pero respecto de los cuales sí ejercía autoridad. Esta previsión ya se encontraba presente en el artículo 87 del PA I, en el que se estableció que los jefes militares debían impedir las infracciones a los Convenios y el Protocolo I por parte de *“los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se [encontraran] bajo su autoridad”*. Además, como bien lo anota Arnold¹²⁴, la disposición resulta útil para responsabilizar a los comandantes de fuerzas del Estado que de facto ejercen autoridad sobre grupos irregulares.

This means, further, that the commander of regular troops may be responsible for acts committed by irregular troops or guerrilla movements, who acted upon his/her orders. This is an important alternative in cases where states may decide to rely on guerrilla movements trained by their regular forces, in order to delegate responsibility for the commission of breaches of the international laws of armed conflict. In this type of situations, in fact, the hidden involvement of a state may be delivered by establishing command responsibility of a member of its regular armed forces.

iii) Adicionalmente, la expresión control efectivo, descarta la posibilidad de que un superior pueda ser considerado responsable por el simple hecho de pertenecer a una cadena de mando. Debe probarse que el superior tenía la posibilidad real de prevenir, reprimir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados. En este sentido, Suárez López sostiene que la posición de garante que ostenta el superior incluye, además del deber, la posibilidad de poder, al punto que, si esta no se tiene, el superior no ostentará la posición de garantía:

¹²⁴ Cfr. ARNOLD, Roberta. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers’ Note, Article by Article, Otto Triffterer (edt.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008. Pág. 831.

Esta posición de garante que implica la relación superior-subordinado en el instituto de la responsabilidad del superior incluye- a diferencia de la tradicional posición de garante de los derechos penales nacionales- no solo la dimensión del deber, sino la dimensión del poder, la cual en la dogmática del delito de omisión es analizada como un elemento independiente de la posición de garantía, denominado capacidad de realizar la acción mandada, que en todo caso hace parte del tipo penal. En la figura de la responsabilidad del superior no se es garante si no se detenta la capacidad de realizar la acción mandada – tomar medidas preventivas o represivas¹²⁵.

Finalmente, debe probarse que dicho control existía cuando se cometieron los crímenes¹²⁶, lo cual resulta apenas lógico porque lo que se reprocha es una omisión de los deberes del superior en el momento en que podría haberlos ejercido¹²⁷. Otra cosa es que un superior pueda ser responsable cuando asume el control de una tropa que previamente cometió crímenes y omite sancionarlos. En estos casos, aunque no hubiera fungido como superior en el momento de la comisión de las conductas, respondería si omitió castigar a fin de asegurar la impunidad de los responsables.

B. El elemento mens rea: para los jefes militares el tipo de conocimiento exigible es supremamente amplio, pues además del conocimiento efectivo, se contempla que el superior es responsable si “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”. De hecho, al menos en su redacción, es

¹²⁵ SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016, Pág. 91-146.

¹²⁶ Al respecto, Arnold aclara que el precedente de Yamashita resulta injusto, pues aquel no ostentaba un control efectivo sobre sus unidades en el momento en que se cometieron las conductas por las cuales se le responsabilizó, de modo que se desconoció el principio de culpabilidad. ARNOLD, Roberta. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers’ Note, Article by Article, Otto Triffterer (edt.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008. Págs. 825 y 826.

¹²⁷ Cfr. OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12. Pág. 462. Esta postura se sostuvo por parte del TPIY en distintos fallos y se reafirmó posteriormente por parte de la CPI en el caso contra Bemba. En particular, Olasolo recuerda el caso del TPIY contra Hadzihasanovic & Kubura, en el que se indicó que el superior “*requiere ostentar dicha posición en el momento en que los subordinados incurrir en responsabilidad*”.

más amplio que el establecido por el Estatuto del Tribunal de Yugoslavia, en el que el conocimiento también podía ser potencial, pero se preveía que el superior debía haber tenido razones para saber. Podría decirse que el mens rea exigido por el Estatuto de Roma se asemeja a aquel propuesto por el Fiscal¹²⁸ en el caso Čelebići, según el cual los comandantes pueden ser responsables de los delitos de sus subordinados, a pesar de no tener la información de que estos delitos se estaban cometiendo o estaban a punto de cometerse¹²⁹, cuando fueron negligentes en su deber de obtenerla¹³⁰. En otras palabras, el comandante podría ser responsable así no tuviera la información porque, tal como se concluyó en el caso Pohl¹³¹ “*era su deber saber*”.

Arnold sostiene una postura contraria. Destaca que la expresión *hubiere debido saber*, contenida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, se encuentra matizada por la frase “*en razón de las circunstancias del momento*”, lo que, a su juicio, recuerda las consideraciones expuestas en el caso Čelebići frente a la necesidad de demostrar que el comandante tenía razones para saber. Por tanto, para esta autora el test aplicable sería el previsto por el Protocolo I

¹²⁸ Recuérdese que el TPIR descartó la postura de la fiscalía en este aspecto. Además, negó posibilidad de aplicar ciertos antecedentes jurisprudenciales, de acuerdo con los cuales el superior podía ser responsable, así no tuviera información que le permitiera vislumbrar que sus subordinados estaban cometiendo delitos o iban a cometerlos, pues en atención a su posición de mando, debía estar enterado de lo que hacían sus subordinados. Sin embargo, dicha posibilidad no se descartó porque se hubiera desechado por completo la posibilidad de exigir este tipo de conocimiento, sino porque debía acudir al derecho consuetudinario **vigente al momento de la comisión de los hechos**, esto es, al artículo 86 del Protocolo I, a la luz del cual el superior puede ser responsable solo si existía información específica disponible para él sobre la comisión o posible comisión de conductas criminales por parte de sus subordinados.

¹²⁹ Como se exige en el artículo 86.2 del PA I.

¹³⁰ “*The Prosecution asserts that the requisite mens rea under Article 7(3) may be established as follows: (...) 3) wanton disregard of, or failure to obtain, information of a general nature within the reasonable access of a commander indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of his subordinates*”. (Negrilla fuera del texto original. Obtenido de: <http://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years>. Pág. 140.

¹³¹ United States v. Oswald Pohl et al, Vol. V, TWC, 958, 1054. Citado en la sentencia de Čelebići. Pág. 145. Obtenido de: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf.

Adicional, que exige que la información haya estado disponible para el comandante, de modo que los superiores no serían responsables por no haber buscado la información que les hubiera permitido establecer que sus subordinados estaban cometiendo crímenes¹³².

Esta postura no puede aceptarse. Por un lado, porque en el caso Čelebići, el TPIY reconoció que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, los superiores tienen el deber de mantenerse informados de las actividades de sus subalternos. La única razón por la que en este caso se apartó de los precedentes jurisprudenciales, fue porque concluyó que debía aplicar el derecho consuetudinario vigente al momento de la comisión de los hechos e inicialmente consideró que, de acuerdo con el estándar del artículo 86 del Protocolo I, el superior era responsable solo si existía información específica disponible para él sobre la comisión o posible comisión de conductas criminales por parte de sus subordinados.

Sin embargo, como se explicó previamente, el mismo TPIY cambió esta postura. En el caso Blaškić, aclaró que los comandantes eran responsables de los crímenes de sus subordinados, cuando no hubieran utilizado los medios que tenían disponibles para obtener el conocimiento requerido. Adicionalmente, señaló que incluso a la luz de los artículos 86 y 86, los superiores tenían el deber de permanecer informados, de modo que se apartó del estándar según el cual el comandante era responsable solo si tenía información que le hiciera pensar que se estaban cometiendo dichos delitos.

Por otro lado, la razón que ofrece Arnold para justificar su postura parte de una lectura descontextualizada del caso Kayishema y Ruzindana. La autora señala

¹³² ARNOLD, Roberta. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers' Note, Article by Article, Otto Triffterer (edt.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008. Págs. 830 y 838.

que la reintroducción del elemento hubiere debido saber por parte del Estatuto de Roma se estudió en el caso Kayishema y Ruzindana, en el que se determinó que el superior solo es responsable si falló en prestar atención a la información que apuntaba hacia la comisión de crímenes, pero no si falló en su deber de obtener dicha información. En ese caso se concluyó todo lo contrario. La conclusión destacada por Arnold únicamente se esgrimió respecto de los comandantes civiles, frente a los cuales el Estatuto de Roma no consagra el mens rea (*hubiera debido saber*).

Para los superiores militares, la conclusión fue la opuesta a la esgrimida por Arnold, pues el TPIR sostuvo que a estos se les demandaba una actitud activa en la búsqueda de la información así:

On this issue, the Chamber finds the distinction between military commanders and other superiors embodied in the Rome Statute an instructive one. In the case of the former it imposes a more active duty upon the superior to inform himself of the activities of his subordinates when he, "knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes." This is juxtaposed with the mens rea element demanded of all other superiors who must have, "[known], or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes¹³³.

C. Los deberes de deber de prevenir, reprimir y castigar: De acuerdo con el artículo 28, los comandantes deben controlar a sus subordinados. Por tanto, frente a la comisión, o posible comisión de un delito, tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para i) prevenir ii) reprimir y iii) poner el asunto *en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento*.

¹³³ Obtenido de: http://www.worldcourts.com/ictj/eng/decisions/1999.05.21_Prosecutor_v_Kayishema_1.pdf. Pág. 88.

Frente a la fuente de estos deberes, se ha sostenido que proviene de una posición de garantía o, cuando menos, se asemeja a ella. Arnold sostiene que la relación superior- subordinado se asemeja a la posición de garante de los sistemas de civil law. Destaca que, por un lado, el garante está obligado a proteger a los objetos o personas que se encuentran bajo su supervisión y, por otro lado, también está obligado a proteger a terceros si ha creado una fuente de riesgo. Del mismo modo, un superior es responsable de proteger a sus subordinados y además es responsable de supervisarlos en tanto podrían constituir una fuente de riesgo¹³⁴.

En este mismo sentido y, de forma más categórica, Kai Ambos sostiene que *“la posición de mando del autor lo coloca en una posición de garante la cual tiene por consecuencia el surgimiento de determinados deberes de control, protección o de vigilancia, – deberes del garante –cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión”*¹³⁵.

Ahora, con las expresiones “razonables” y “a su alcance”, queda claro que el comandante no está obligado a lo imposible y que solo será responsable cuando no hubiera adoptado las medidas que se encontraban en su ámbito de poder o control, tal como se señaló en el caso Čelebići. Además, como se indicó en el mismo caso, no es necesario que exista una competencia legal, pues lo relevante es que materialmente hubiera podido tomar las medidas tendientes a prevenir, reprimir o castigar. En otras palabras, que el superior hubiera tenido ciertas medidas a su alcance, y no hubiera hecho uso de ellas.

¹³⁴ Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers' Note, Article by Article. Second edition. Volume I. Págs. 824 y 825.

¹³⁵ AMBOS, Kai. La parte general del Derecho penal internacional. Pág. 228. Citado por SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016, Pág. 91-146.

Los verbos prevenir, reprimir y castigar aluden a distintas obligaciones del superior, las cuales pueden concurrir. En particular, cuando quiera que el superior haya reprimido la comisión de algún crimen cometido por sus subordinados, debe ponerlo en conocimiento de quienes tengan la competencia para sancionarlo. En estos casos, además, habrá cumplido con sus obligaciones de reprimir y poner en conocimiento de los competentes las conductas, pero restaría evaluar si puede responder bajo la figura de la responsabilidad de mando, por haber fallado en su deber de prevenir el hecho¹³⁶.

II. Ítem b) del artículo 28 que regula la responsabilidad de los superiores civiles. El artículo 28 también regula la responsabilidad de los superiores que no son militares, ni actúan como tales, pero ostentan una posición de superioridad frente a ciertas fuerzas que se encuentran bajo su autoridad y control. La responsabilidad de estos sujetos es menos gravosa que la de los comandantes militares, como se explica a continuación:

A. Relación superior/ subordinado y la actividad: Esta relación se predica entre los superiores civiles y quienes se encuentran bajo su autoridad y control efectivo.

i) Además del vínculo entre el superior y el subordinado, en el caso de los superiores no militares debe demostrarse que existía una relación entre los crímenes cometidos por los subordinados, y las actividades que se encontraban bajo la responsabilidad y control efectivo del superior. Al respecto, Olasolo ha explicado que según Werle y Kai Ambos, esto “*significa que la aplicación de la RespSup a los superiores civiles se limita al control efectivo que puedan tener sobre sus subordinados en los asuntos relacionados*

¹³⁶ Cfr. PÉREZ LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. Ob. cit. Págs. 193 y 196.

*con las actividades bajo su responsabilidad, lo que no sería el caso, por ejemplo, con los crímenes internacionales cometidos fuera del ámbito laboral*¹³⁷.

ii) La expresión control efectivo se mantiene, por lo que, al igual que sucede con los comandantes militares, el superior no será responsable por el solo hecho de pertenecer a una cadena de mando. Debe probarse que el superior civil tenía la posibilidad real de prevenir, reprimir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados, en el momento en que se cometieron los crímenes¹³⁸. Además, el superior civil solo será responsable cuando se pruebe que su vínculo con los subordinados era similar al de un comandante militar, específicamente, en cuanto a la posibilidad de controlarlos¹³⁹.

B. Elemento mens rea: Los comandantes civiles no serán responsables cuando hubieran debido saber, sino únicamente cuando, deliberadamente, hubieran hecho caso omiso de la información que indicaba claramente que sus subordinados estaban cometiendo crímenes o pretendían cometerlos. Se trata, como lo afirma Pérez León Acevedo, de *una imprudencia consciente que va más allá de la mera imprudencia*¹⁴⁰.

C. Deber de prevenir, reprimir y castigar: Los superiores no militares también tienen la obligación de controlar a sus subordinados. Por tanto, al igual que los militares, deben adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para i) prevenir y ii) reprimir y iii) poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y

¹³⁷ OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12. Págs. 461 y 462.

¹³⁸ Ver nota al pie 119.

¹³⁹ Ver nota al pie 108.

¹⁴⁰ Cfr. PÉREZ LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. Ob. Cit. Pág.156.

enjuiciamiento. Así las cosas, en este punto son aplicables las reflexiones expuestas frente a los comandantes militares.

2.2.8. El caso de Jean-Pierre Bemba Gombo.

A continuación, expondré algunos de los asuntos que abordó la Corte Penal Internacional en el caso de Jean-Pierre Bemba, lo cual permitirá vislumbrar el Estado actual de la discusión sobre la responsabilidad de mando, particularmente cuando se trata de crímenes sexuales, que fueron los principales delitos por los que se procesó al ex vicepresidente congolés¹⁴¹.

Jean-Pierre Bemba Gombo fundó el Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) y era el comandante de la *Armée de Libération du Congo (ALC)*, brazo armado de dicho movimiento. En octubre de 2002, envió aproximadamente 1.500 soldados a la República Centro Africana (RCA) para apoyar al entonces presidente Ánge-Félix Patassé, en medio de un golpe de estado promovido por el general retirado François Bozizé. Entre octubre de 2002 y marzo de 2003, dichas tropas cometieron múltiples asesinatos, violaciones y saqueos, por los cuales la CPI condenó a Bemba en 2016.

Dicha providencia constituyó un verdadero hito, pues fue la primera vez que la Corte Penal Internacional condenó a alguien con fundamento en la responsabilidad de mando y también fue la primera vez que profirió una sentencia por violación como crimen de guerra. Sin embargo, en una decisión muy controvertida¹⁴², la Cámara de Apelaciones de la CPI revocó la condena

¹⁴¹ Jean-Pierre Bemba Gombo fungió como vicepresidente de la República Democrática del Congo entre 2003 y 2006.

¹⁴² Sobre las críticas a la absolución de Bemba pueden consultarse, entre otros, los siguientes documentos: *i)* Comunicado de la Fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda del 13 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>; *ii)* Artículo de la Federación Internacional para los Derechos Humanos, una de las organizaciones que le reportó a Bemba los crímenes cometidos por el MLC: The Bemba Case:

de Bemba, con una mayoría de tres votos contra dos, tras concluir que no se demostró que hubiera faltado a su obligación de tomar las medidas necesarias y razonables.

I. Veredicto de la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, del 21 de marzo de 2016¹⁴³. La Sala de Primera Instancia consideró que existían pruebas suficientes respecto de la violación de 26 personas por parte de soldados del MLC. Además, señaló que estas conductas se cometieron como crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado no internacional, el cual fue determinante en la decisión de los perpetradores de cometer los crímenes y en la forma de cometerlos. Así mismo, afirmó que dichas violaciones constituían crímenes contra la humanidad, pues hicieron parte de un ataque generalizado contra la población civil.

Heavily criticised, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited. Disponible en: <https://www.fidh.org/en/region/Africa/central-african-republic/the-bemba-case-heavily-criticised-the-icc-must-maintain-victims-legal> y *iii*) Nota de Redress. Disponible en: <https://redress.org/news/efforts-to-afford-justice-for-sexual-crimes-in-car-must-not-stop-with-bembas-acquittal/> y *iv*) Declaración de Women's Initiatives for Gender Justice. Disponible en: <https://4genderjustice.org/statements/overturn-of-1st-icc-conviction-for-crimes-of-sexual-violence/>. Cabe señalar, que las críticas de la Fiscal de la CPI tuvieron respuesta por parte de la Cámara de Apelaciones, a través de un comunicado que publicó su presidente el mismo 13 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180614-pres-stat>

¹⁴³ Corte Penal Internacional. Sentencia de Primera Instancia. ICC-01/05-01/08-3343 21-03-2016. Disponible en : https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. Algunas de las conclusiones a las que llegó la Sala en esta providencia, habían sido expuestas por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI desde la confirmación de cargos del 15 de junio de 2009, esto es, casi 7 años atrás. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

En cuanto a la responsabilidad del superior, la Sala señaló¹⁴⁴ que para que se declare responsable a un acusado bajo esta figura deben cumplirse los siguientes requisitos¹⁴⁵:

A. Debe tratarse de uno de los delitos de jurisdicción de la Corte cometidos por las tropas. Sobre este elemento no existe discusión alguna, por lo que se mencionó sin mayor análisis.

B. El acusado debe ser un comandante militar o una persona que actúe efectivamente como un comandante militar: La Sala destacó que este tipo de responsabilidad i) se extiende a comandantes de fuerzas irregulares; ii) puede aplicarse a sujetos que no desarrollan exclusivamente tareas militares y iii) no solo cubre a los superiores inmediatos, sino también a superiores de cualquier rango: desde los ubicados en los niveles más altos, hasta aquellos con pocos hombres a su cargo. Frente al caso concreto, señaló que Bemba sería juzgado como una persona que actuó como un comandante militar.

C. El acusado debe tener mando y control efectivos, o autoridad y control efectivos sobre las fuerzas que cometieron los crímenes: Respecto de este requisito, la Sala efectuó las siguientes precisiones:

¹⁴⁴ El texto original se encuentra en inglés. No se trata de una traducción literal, sino de una síntesis de los principales argumentos.

¹⁴⁵ "1. crimes within the jurisdiction of the Court must have been committed by forces; 2. the accused must have been either a military commander or a person effectively acting as a military commander; 3. the accused must have had effective command and control, or effective authority and control, over the forces that committed the crimes; 4. the accused either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; 5. the accused must have failed to take all necessary and reasonable measures within his power to prevent or repress the commission of such crimes or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution; and 6. the crimes committed by the forces must have been a result of the failure of the accused to exercise control properly over them. Corte Penal Internacional. Sentencia de Primera Instancia. ICC-01/05-01/08-3343 21-03-2016. Párrafo 170. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF.

- La designación formal o legal de una persona en una posición de mando no es necesaria, ni suficiente para satisfacer el requisito del control efectivo.

- El *control efectivo* supone que el comandante tenga materialmente la capacidad de prevenir los crímenes, reprimirlos o ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Cualquier control por debajo de ese estándar como, por ejemplo, la capacidad de ejercer influencia, sería insuficiente.

- De acuerdo con la jurisprudencia internacional, es posible que múltiples superiores sean responsables de las acciones de sus subordinados.

- La mera participación de una tropa particular en operaciones de combate conjuntas, no es suficiente para establecer que el comandante tenía control sobre todas las unidades que participaron en la operación.

- La prueba de la relación entre superior y subordinado no exige que se identifique a los perpetradores por su nombre. Es suficiente con que se los identifique por el grupo o unidad, en relación con el sitio de un crimen específico.

- No se requiere un número mínimo de subordinados para que se desencadene la responsabilidad del superior.

Adicionalmente, la Sala indicó que la pregunta sobre si existió o no control efectivo debe responderse en cada caso, pero los siguientes factores podrían indicar su existencia: *i)* La posición oficial del comandante en la estructura militar y las labores que efectivamente lleva a cabo. *ii)* Su capacidad para dar órdenes, incluida la capacidad de ordenar que las tropas participen en hostilidades, sea que se encuentren bajo su mando inmediato o en niveles inferiores; *iii)* Su capacidad para asegurar el cumplimiento de órdenes; *iv)* Su

capacidad para efectuar cambios en la estructura de mando. v) Su capacidad para promover, reemplazar remover o disciplinar a cualquier miembro de la tropa e iniciar investigaciones. vi) Su autoridad para enviar a las tropas a los lugares en donde tienen lugar las hostilidades y retirarlas. vii) El control sobre los medios usados para la guerra como armas y equipos de comunicaciones. viii) El control sobre las finanzas. ix) La capacidad para representar a las tropas en negociaciones o interactuar con organizaciones o personas externas en nombre del grupo. x) Apariciones y declaraciones públicas en las que represente la ideología del movimiento al que se adhieren los subordinados. Al contrario, los siguientes factores indicarían que el superior carecía de control efectivo: i) la existencia de una autoridad exclusiva sobre las fuerzas; ii) el incumplimiento de las órdenes o instrucciones proferidas por iii) una cadena de comando débil o que no funciona adecuadamente.

Frente a la situación del procesado concluyó que, aunque las tropas estaban subordinadas a las autoridades de la República Centroafricana, el artículo 28 no exige que el comandante tenga autoridad exclusiva sobre las fuerzas que comenten los crímenes, pues el control efectivo de un comandante no excluye, necesariamente, el control efectivo de otro comandante.

D. El acusado debía conocer que las tropas estaban cometiendo o iban a cometer los delitos. La Sala aclaró que: i) El conocimiento efectivo de un comandante no podía presumirse, sino que debía establecerse mediante evidencia directa¹⁴⁶ o circunstancial. ii) Cuando se acepta la prueba del conocimiento del acusado a partir de inferencias, estas deben ser las únicas conclusiones razonables a partir de la evidencia iii) Lo que debe inferirse es **su** conocimiento y no el del público en general o el de otros miembros de la organización a la que pertenece.

¹⁴⁶ Indicó que evidencia directa podía ser la admisión del conocimiento por parte del acusado o las declaraciones que hubiera hecho sobre los crímenes.

Igualmente, señaló que los siguientes factores podrían servir para establecer que el superior conocía que las tropas estaban cometiendo o iban a cometer crímenes: *i)* que se le hubiera informado que sus tropas estaban involucradas en actividades delictivas; *ii)* el número, la naturaleza, el alcance, la ubicación y el momento de los actos ilegales; *iii)* el tipo y número de tropas involucradas; *iv)* los medios de comunicación disponibles; *v)* el modus operandi de actos similares; *vi)* el alcance y la naturaleza de la posición y responsabilidad del comandante en la estructura jerárquica; *vii)* la ubicación del comando; *viii)* la notoriedad de los actos ilegales, así como el hecho que hubieran sido reportados en medios de comunicación¹⁴⁷.

Así mismo, la Sala insistió en que no es necesario demostrar que el comandante conocía la identidad de cada uno de los individuos que cometieron el delito, ni que hubiera dominado cada detalle de la comisión de las conductas¹⁴⁸.

Por último, concluyó que el *mens rea* del acusado debía incluir el conocimiento de los elementos que calificaban la conducta cometida por sus subalternos como un crimen de guerra o de lesa humanidad. Al respecto, aclaró que el estándar de podía ser el de conocimiento efectivo o el del conocimiento potencial *should have known*. Sobre este último estándar de conocimiento, la Sala no efectuó ningún análisis, pues concluyó que Bemba tenía un conocimiento efectivo sobre los crímenes.

No obstante, respecto del estándar “hubiere debido saber”, previamente la Cámara de Cuestiones Preliminares de la CPI había hecho referencia a la

¹⁴⁷ Este conocimiento podría establecerse por evidencia que sugiriera que, como resultado de estos reportes, el comandante tomó algún tipo de acción.

¹⁴⁸ Lo cual se torna más difícil a medida que se sube en la jerarquía militar.

postura del TPIY en el caso Blaškić, a fin de concluir que el superior debe asumir una actitud activa para obtener la información necesaria sobre la conducta de sus tropas, independientemente de la disponibilidad de la información al momento de la comisión de los hechos. Por ser sumamente relevante para el análisis del conocimiento inferido de la responsabilidad de mando en Colombia, me permito citar *in extenso* esta conclusión de la CPI que, además, recoge la postura del TPIY y, en general, del derecho internacional consuetudinario al respecto:

The "should have known" standard requires the superior to "ha[ve] merely been negligent in failing to acquire knowledge" of his subordinates' illegal conduct. In the Blaškić case, the ICTY Trial Chamber, after having reviewed some post-Second World War jurisprudence and articles 86(2) and 87 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions, supported the inclusion of the "should have known" standard into article 7(3) of the ICTY Statute. In defining this standard, the Chamber stated:

"In conclusion, the Trial Chamber finds that if a commander has exercised due diligence in the fulfillment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties".

Thus, it is the Chamber's view that the "should have known" standard requires more of an active duty on the part of the superior to take the necessary measures to secure knowledge of the conduct of his troops and to inquire, regardless of the availability of information at the time on the commission of the crime. The drafting history of this provision reveals that it was the intent of the drafters to take a more stringent approach towards commanders and military-like commanders compared to other superiors that fall within the parameters of article 28(b) of the Statute. This is justified by the nature and type of responsibility assigned to this category of superiors¹⁴⁹.

E. El acusado no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance, para prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las

¹⁴⁹ Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI. 15 de junio de 2009. Párr. 432 y 434. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

autoridades. En relación con este elemento, la Sala señaló que: *i)* Es en el caso concreto en el que se analiza si el acusado tomó las medidas necesarias¹⁵⁰ y razonables¹⁵¹. *ii)* El deber del comandante de tomar estas medidas se basa en su autoridad y control efectivos, de modo que lo que importa es la capacidad material que tenía para actuar, la cual se evaluará respecto de su poder de iure o de facto. *iii)* Si el comandante cumplió con su deber de tomar las medidas necesarias, no puede ser responsable, incluso si los crímenes se cometen o los perpetradores quedan impunes. *iv)* El acusado responde por el incumplimiento de cualquiera de sus deberes, independientemente de si cumplió con otro a cabalidad. Si falla, por ejemplo, en su deber de prevenir, no puede remediar el error castigando posteriormente a sus subalternos¹⁵².

Respecto del deber de prevenir, insistió en que depende de la capacidad **material** del comandante para tomar medidas en una situación específica, es decir, de acuerdo con las circunstancias del momento y precisó que para cumplirlo los comandantes deben: *i)* asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente entrenadas en DIH; *ii)* obtener informes para corroborar que las acciones militares se están llevado a cabo de conformidad con el derecho internacional y *iii)* tomar medidas disciplinarias para evitar la comisión de atrocidades, protestar cuando quiera que se cometan y suspender aquellos

¹⁵⁰ Las medidas necesarias serían aquellas apropiadas para que el comandante cumpla con su obligación.

¹⁵¹ Las medidas "razonables" son aquellas que se encuentren dentro del poder material del comandante.

¹⁵² "(...) a failure to prevent the crimes, when the commander was under a duty to do so, cannot be remedied by subsequently punishing the perpetrators". Párrafo 201. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. En este mismo sentido, se pronunció el TPIY en el caso contra Blaškić *"Lastly, the Trial Chamber stresses that the obligation to "prevent or punish" does not provide the accused with two alternative and equally satisfying options. Obviously, where the accused knew or had reason to know that subordinates were about to commit crimes and failed to prevent them, he cannot make up for the failure to act by punishing the subordinates afterwards"*. Párrafo 336 <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>. La misma idea se retomó en el caso contra Kordic. Párrafo 444. Disponible en: https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf

subordinados violentos. Como tendré oportunidad de explicarlo, estas últimas medidas resultan fundamentales para prevenir la comisión de crímenes que involucren violencia sexual contra las mujeres.

De otra parte, en cuanto al deber de reprimir la comisión de crímenes o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, a efectos de su investigación y enjuiciamiento, la Sala aclaró que, en cierta medida, se superpone al deber de prevenir, pues también se refiere a la prevención de los crímenes en curso. Además, el deber de reprimir comprende la obligación de castigar, pero no se limita a esta. Para que los comandantes cumplan con su deber de reprimir, también tienen que buscar a los perpetradores y llevarlos ante los tribunales o entregarlos a otro estado para su juicio¹⁵³.

Además, reiteró que la falta de competencia formal no exime al comandante del deber de tomar todas las medidas necesarias y razonables para reprimir los crímenes y que debe someter el asunto ante las autoridades competentes cuando no posee poder disciplinario o cuando no tiene la capacidad de tomar medidas adecuadas.

Finalmente, la Sala concluyó que el deber de castigar o someter el asunto a las autoridades competentes, tiene como objetivo garantizar que los delincuentes sean llevados ante la justicia, evitar la impunidad y prevenir futuros crímenes.

F. Los crímenes cometidos deben haber sido el resultado de la omisión del acusado de ejercer un control apropiado sobre sus fuerzas. La Sala

¹⁵³ Al respecto, recordó: “*The International Committee of the Red Cross (“ICRC”) Commentary to Article 86 of Additional Protocol I indicates that the purpose of the requirement that commanders repress crimes is to ensure that military commanders fulfil their obligation to search for the perpetrators and either bring them before the courts or hand them over to another state for trial*”. Párrafo 206. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

recordó que una persona no debe ser considerada responsable de un delito sin alguna forma de nexo personal. Ello no significa que deba establecerse un estándar imposible de alcanzar. Resulta suficiente demostrar que los crímenes no se hubieran cometido si el comandante hubiera ejercido un control apropiado. Específicamente la Sala aclaró que no se requiere un estándar de *but for*, o, lo que nos resulta más familiar, un estándar de *conditio sine qua non*.

En cuanto a la responsabilidad del acusado, la Sala concluyó que actuó como un comandante militar y no tomó las medidas necesarias para prevenir y reprimir los saqueos, homicidios y violaciones que **sabía** se estaban cometiendo por las fuerzas del Movimiento de Liberación del Congo (MLC) en la República Centro Africana (RCA), sobre las cuales tenía control y autoridad efectivos, pues tenía contacto directo con los comandantes, les daba instrucciones y recibía reportes que indicaban que las tropas estaban cometiendo crímenes.

Además, aunque no estaba en la zona de operaciones¹⁵⁴, sabía lo que estaba sucediendo porque contaba con múltiples artefactos de comunicaciones¹⁵⁵ y porque los crímenes eran notorios. Sin embargo, no ejerció los poderes disciplinarios que tenía y las pocas medidas que tomó no fueron genuinas, ya que se adoptaron, fundamentalmente, para rehabilitar la imagen pública del MLC.

Adicionalmente, la primera instancia indicó que los delitos no se habrían cometido si el acusado hubiera: *i*) garantizado el entrenamiento de las tropas en DIH, *ii*) difundido el Código de Conducta, *iii*) adelantado investigaciones

¹⁵⁴ Aunque sí visitó la RCA en varias ocasiones.

¹⁵⁵ Como celulares, radios, *thurayas* y teléfonos satelitales, entre otros.

genuinas¹⁵⁶, iv) removido a los soldados implicados en la comisión de crímenes y v) compartido información relevante con las autoridades de la RCA.

Así mismo, insistió en que, si se hubieran tomado esas medidas, se habría eliminado o, al menos, disminuido el *clima de aquiescencia* frente a la comisión de graves crímenes.

“Such measures would have deterred the commission of crimes, and generally diminished, if not eliminated, the climate of acquiescence – which is inherent where troops have inadequate training, receive unclear orders, and/or observe their commanders committing or collaborating in crimes – surrounding and facilitating the crimes committed during the 2002-2003 CAR Operation. Mr Bemba’s failures in this regard directly contributed to, inter alia, the continuation and further commission of crimes”¹⁵⁷.

II. Decisión de la Sala de Apelaciones de la CPI mediante la cual se revoca la sentencia contra Bemba¹⁵⁸. Entre otras razones, la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia porque consideró que se cometieron errores al analizar la presunta omisión del acusado frente a la adopción de medidas necesarias y razonables en el caso concreto. Así, cabe aclarar desde ya, que la diferencia de opiniones respecto a lo decidido en primera instancia se centró fundamentalmente en la valoración de las pruebas, más que en el contenido abstracto de los requisitos de la figura frente a los cuales, al menos en su gran mayoría, existe consenso.

¹⁵⁶ La Sala puso de presente que, ante los informes y reportes de distintos medios y organismos sobre la comisión de graves crímenes como asesinatos y violaciones, Bemba se limitó a: i) Mandar algunas cartas a comandantes pidiendo que se tomaran medidas, pero no tomó ninguna acción concreta para reprimir o prevenir los crímenes. ii) Adelantar una corte marcial solo contra 7 soldados de bajo rango por pillaje y respecto de bienes de poca monta. iii) Establecer una comisión que supuestamente adelantaría una investigación respecto de los crímenes del MLC, pero los miembros de esta comisión solo pudieron entrevistar a un pequeño grupo de funcionarios públicos vinculados al régimen, que contestaron las preguntas en un ambiente de coerción, mientras soldados del MLC paseaban entre ellos.

¹⁵⁷ Corte Penal Internacional. Sentencia de Primera Instancia. ICC-01/05-01/08-3343 21-03-2016 Párrafo 738. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

¹⁵⁸ Corte Penal Internacional. Cámara de Apelaciones. ICC-01/05-01/08-3636-Red 08-06-2018. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF

La Cámara insistió en que un comandante no puede ser sancionado por no hacer algo que no estaba en su poder y señaló que las medidas que podría haber tomado el comandante debían analizarse en el marco de las circunstancias en las que se encontraba en el momento de los hechos, lo cual implica que se considere qué crímenes conocía o debió haber conocido.

Finalmente, explicó que no se espera que el superior emplee todas las medidas concebibles, pues lo que el artículo 28 exige es que tome medidas razonables. En consecuencia, la prueba sobre una falta del comandante frente a esta obligación no se satisface a través de una lista de medidas hipotéticas, sino a partir de un análisis de las medidas que debió haber adoptado **en concreto**. De lo contrario, según la Cámara, se comprometería el derecho al debido proceso del acusado por cuanto: i) si no se acusa al superior de omitir medidas en concreto, difícilmente podría desvirtuar las alegaciones y ii) la carga de la prueba no es del acusado, luego no es este el que tiene que explicar que las medidas que tomó eran adecuadas.

En cuanto al caso concreto, la Cámara de Apelaciones consideró que la Sala omitió demostrar qué medidas en concreto dejó de adoptar el acusado, que un superior diligente en circunstancias similares sí habría tomado.

Además, la Cámara señaló que la Sala de Primera Instancia incurrió en los siguientes errores al evaluar si el acusado había tomado todas las medidas necesarias y razonables:

- No prestó suficiente atención al hecho de que las tropas estaban operando en un territorio extranjero y que tenía un poder limitado para adelantar investigaciones respecto de los crímenes cometidos en la RCA. En particular, la Sala omitió explicar por qué las medidas que tomó eran insuficientes, dadas

estas limitaciones y el hecho de que no era el único comandante que ejercía poder sobre las tropas.

- La Sala sostuvo que Bemba no adelantó ningún esfuerzo para remitir el asunto a las autoridades de la RAC. Sin embargo, no tomó en cuenta que, según Bemba, había remitido una carta al primer ministro.

- Aunque en algunas ocasiones son relevantes los motivos que tuvo el acusado para tomar las medidas, estos no pueden determinar la razonabilidad o necesidad de las mismas. En este caso, la Sala no demostró que la motivación del acusado de mejorar la imagen del MLC hubiera interferido con la adopción de medidas razonables.

- Las medidas tomadas por un comandante no pueden ser calificadas como insuficientes solo porque existieron deficiencias en su ejecución. Para definir que existió una falla del superior al adoptar una medida orientada a investigar los crímenes, será preciso determinar cuatro aspectos que la Sala no estudió al condenar a Bemba: *i)* que las deficiencias de la investigación hubieran sido suficientemente graves; *ii)* que el superior hubiera estado al tanto de las deficiencias; *iii)* que era materialmente posible corregir las deficiencias y *iv)* que el superior tenía autoridad para remediarlas. La Cámara concluyó que Bemba no estaba a cargo de las investigaciones y, por tanto, no era responsable de los resultados de las mismas.

- Además, la Cámara señaló que Bemba tomó numerosas medidas frente a los crímenes cometidos por las tropas del MLC y que la Sala no explicó qué más podría haber hecho el acusado para empoderar a los oficiales de dicho movimiento, a fin de que investigaran y juzgaran los crímenes que presuntamente se estaban cometiendo.

- Dado que no existía claridad sobre la extensión de los crímenes, difícilmente podría establecerse si las medidas fueron o no adecuadas.

- La Sala erró al asumir que una de las medidas que Bemba tenía disponibles, consistía en redistribuir las tropas, máxime tomando en consideración que aquel no pudo defenderse de esta acusación porque no se encontraba identificada entre los cargos. Al respecto, la Cámara de Apelaciones aclaró que cuando pretenda demostrarse que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables, deben informársele al procesado los hechos que sirven de fundamento a esa acusación¹⁵⁹.

III. Opinión disidente de la juez Sanji Mmasenono Monageng y del juez Piotr Hofmański¹⁶⁰. En opinión de estos jueces, la Sala de primera instancia tuvo razón al concluir que Bemba no había tomado todas las medidas necesarias y razonables, pues sabía que se estaban cometiendo los delitos, tenía una amplia capacidad para prevenirlos y reprimirlos y, pese a ello, apenas adoptó algunas medidas limitadas.

En primer lugar, señalaron no es irrazonable que se planteen de forma hipotética las medidas que podría haber adoptado el superior, en lugar de las medidas que debió haber tomado *en concreto*, como lo propuso la mayoría de la Cámara. Lo anterior, porque de lo que se trata es de analizar medidas que no fueron tomadas, luego siempre habrán de plantearse en términos hipotéticos. No obstante, mostraron que la Sala de Primera Instancia sí hizo

¹⁵⁹ The Appeals Chamber considers it axiomatic that an accused person be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of a charge. In principle, notice containing the details of the charges must be given prior to the start of the trial. One of the elements of command responsibility under article 28 (a) of the Statute is that the commander must have failed to take “all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress [the crimes’] commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution”. It follows that the accused person must be informed of the factual allegations on the basis of which the Prosecutor seeks to establish this element.

¹⁶⁰ https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02987.PDF

referencia a medidas concretas que debió haber adoptado Bemba, por lo que el supuesto error cometido por la primera instancia a este respecto es inexistente.

Además, concluyeron que, a pesar de que Bemba se encontraba en otro país, sí tenía la capacidad de adoptar las medidas necesarias y razonables a las que hizo referencia la Sala de Instancia, pues se demostró que tenía el poder de ordenar investigaciones contra las fuerzas del MLC que se encontraban en la RCA.

En cuanto a la carta que Bemba supuestamente envió al primer ministro, la cual sirvió de fundamento para que la mayoría concluyera que la primera instancia omitió analizar evidencia relevante, los jueces disidentes aclararon que el testigo al que se refirió la defensa confirmó que no vio la carta, y esta ni siquiera se introdujo como prueba en el juicio, luego no era necesario que la Cámara hiciera referencia a una prueba tan débil.

Así mismo, los jueces Monageng y Hofmański indicaron que los motivos que expuso la Sala para explicar por qué Bemba tomó ciertas medidas¹⁶¹ no fueron determinantes para definir si éstas habían o no sido razonables, como afirmó la mayoría, sino que permitieron explicar la razón por la que fueron groseramente inadecuadas.

Ahora bien, la mayoría de la Cámara señaló que las medidas que toma un comandante no pueden ser desestimadas simplemente por las fallas que se presentaron en su ejecución. Al respecto, los jueces disidentes consideraron que este punto de vista se funda en una errada interpretación del tipo de responsabilidad que consagra el artículo 28, pues el comandante no puede

¹⁶¹ Recuérdese que, según la Sala, Bemba tomó algunas medidas, pero solo para mejorar la imagen del MLC y no porque genuinamente pretendiera reprimir o prevenir los crímenes.

librarse de responsabilidad cuando tomó medidas insuficientes que no completó con otras medidas a su disposición¹⁶².

Por otro lado, estos jueces estuvieron de acuerdo en que es importante establecer la magnitud de los crímenes a fin de determinar si las medidas fueron o no adecuadas. Sin embargo, dado que en este caso la evidencia mostró que se trataba de ataque generalizado, no era indispensable ofrecer un número aproximado. Además, evidenciaron que la lógica de la Cámara frente a este punto resultaba contradictoria. En efecto, según la providencia, la Sala de Primera Instancia no podía definir si las medidas fueron o no razonables porque ello dependía del número de delitos cometidos y ello no se estableció. Sin embargo, ante la ausencia de este dato, tampoco era posible que la Cámara concluyera que las medidas que tomó Bemba sí habían sido suficientes.

Adicionalmente, la opinión disidente incluye un análisis detallado sobre las evidencias que permitían concluir que Bemba sí tenía un control efectivo sobre las tropas del MLC que se encontraban en la RCA, entre estas, aquellas que apuntaban a que Bemba daba órdenes a las tropas, las envió a la RCA, ofreció apoyo logístico, tenía autoridad disciplinaria, representó al MLC en asuntos externos y ordenó el retiro de los soldados.

Por último, los jueces Monageng y Hofmański reiteraron que el nexo causal es necesario, porque sin éste se desconocería el principio de culpabilidad y aclararon que, en relación con los deberes de reprimir y castigar, el nexo de

¹⁶² ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018. Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański. Párrafo 79 “If the results of measures taken are unsatisfactory and a commander does not follow up with other measures that are available in the circumstances, it cannot be said that he or she has discharged his or her duty to prevent, repress or punish crimes committed by his or her subordinates”. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02987.PDF

causalidad se predica respecto de crímenes **posteriores**¹⁶³, pues por obvias razones no podría existir un nexo causal respecto de conductas ya perpetradas. Este análisis de la opinión disidente es relevante y muestra la intrínseca relación que existe entre los deberes de reprimir y castigar, y la prevención de crímenes futuros.

IV. Conclusiones sobre el caso Bemba. La discusión sobre la responsabilidad de Bemba quedó zanjada con el fallo de la Cámara de Apelaciones. No obstante, el debate sobre el contenido de los elementos de la responsabilidad del superior sigue vigente, pues la decisión de la Cámara de Apelaciones no fue unívoca. De hecho, se tomó por una mayoría de solo 3 jueces, que defendieron una postura contraria a la de los 2 jueces disidentes, la de la Sala de Primera Instancia, la de la Sala de Cuestiones Preliminares y la de la Fiscalía de la CPI.

En particular, aunque es obvio que a un superior no se le puede exigir lo imposible, no queda claro cómo debe efectuarse al análisis de necesidad y razonabilidad de las medidas que debió haber tomado, sobre todo cuando no se encontraba en el lugar de los hechos. Aunque la Cámara señala que este análisis solo se satisface cuando se le acusa de haber incumplido medidas concretas, es evidente que debe admitirse cierto grado de abstracción ya que, tal como se señala en la opinión disidente, de lo que se trata es de analizar medidas que no fueron adoptadas. Esto no quiere decir que en la acusación no deban concretarse estas medidas hipotéticas en la mayor medida de lo posible, pues resultaría inadmisibles de cara al derecho a la defensa que el procesado deba defenderse de una infinidad de medidas en abstracto.

¹⁶³ Esta postura también había sido expuesta previamente por la Cámara de Cuestiones Preliminares en el caso de Bemba.

En segundo lugar, tampoco existe consenso sobre la precisión con la que deben definirse los crímenes a fin de evaluar la razonabilidad de las medidas. Mientras que para la mayoría de la Cámara sería indispensable establecer con precisión la extensión de los mismos, para la opinión disidente bastaría demostrar que se trataba de un contexto de violencia generalizada. Esta última opción parece ser la más acertada, dado que en escenarios de macrocriminalidad es innecesario y prácticamente imposible definir con precisión el número y circunstancias de los crímenes individualmente considerados.

Sin embargo, el caso de Bemba permite concluir que no existe discusión sobre los siguientes aspectos, todos relevantes para la justicia transicional en Colombia¹⁶⁴: i) La responsabilidad del superior es una figura útil para la sanción de crímenes sexuales al interior de conflictos armados no internacionales. ii) En un conflicto armado interno, estos crímenes pueden constituir, al mismo tiempo, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad¹⁶⁵. iii) El superior puede ser un comandante militar o quien actúa efectivamente como tal. iv) El control efectivo se refiere a la **capacidad material** del superior de prevenir, reprimir, castigar o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Por tanto, este puede ser legal o de facto. v) Esta capacidad se analiza en el caso concreto y dadas las circunstancias en las que ocurrieron los crímenes. vi) Factores como la

¹⁶⁴ Esto, por cuanto fueron reiterados en varias instancias y no se desvirtuaron por parte de la Cámara de Apelaciones. Por supuesto, del hecho de que estas ideas no se hubieran atacado directamente por esta cámara no se deriva, necesariamente, que los jueces de la mayoría estuvieran de acuerdo con las mismas. Sin embargo, puede inferirse válidamente que la Cámara no habría guardado silencio frente a las contundentes conclusiones de los jueces de primera instancia, si hubiera percibido que algunas de ellas se apartaban de los estándares aceptados en el derecho internacional. Así, por ejemplo, resulta impensable que la Cámara se hubiera abstenido de efectuar un pronunciamiento en caso que no compartiera que la autoridad del comandante puede ser legal o de facto, o que el conocimiento puede ser actual o inferido.

¹⁶⁵ Esto es así, cuando el conflicto haya sido un factor determinante en su comisión y se ejecuten en el marco de un ataque generalizado contra la población civil.

posición oficial del comandante, el control sobre las armas, su capacidad para dar órdenes, promover, reemplazar, remover o disciplinar a la tropa son indicios de un control efectivo. vii) El conocimiento del superior puede ser actual o inferido. viii) Factores como la notoriedad de los delitos, los medios de comunicación disponibles y el *modus operandi* de actos similares podrían indicar que el superior conocía que las tropas iban a cometer o estaban cometiendo delitos.

Así mismo, con la absolución de Bemba queda claro que cuando las tropas operan fuera del área de responsabilidad del superior, el análisis sobre el control efectivo de éste debe ser sumamente riguroso¹⁶⁶. Sin embargo, el hecho de que el superior no se hubiera encontrado en el mismo lugar en el que sus tropas cometieron delitos no descarta que pudiera tener un control efectivo. Esto ya había quedado claro desde el juicio de Yamashita. No obstante, a diferencia de lo que ocurrió con el general japonés, a fin de garantizar los derechos del procesado, será necesario demostrar que, pese a la distancia, el superior mantenía suficiente contacto con sus tropas y que ello le habría permitido cumplir con sus deberes de prevenir, reprimir y castigar o poner el asunto en manos de las autoridades competentes.

2.3 CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO

La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder y la responsabilidad del superior son dos figuras que permiten condenar a quienes hacen parte de una estructura jerárquica, así no usen “*los instrumentos fatales con sus propias manos*”.

¹⁶⁶ La discusión sobre si en el caso específico de Bemba se probó o no su control efectivo, escapa al propósito de este trabajo.

Por tanto, más allá de su importancia dogmática¹⁶⁷, el verdadero valor de estas teorías radica en la posibilidad de impartir justicia en contextos plagados de impunidad, así como en la posibilidad de elaborar el pasado, de tal forma que se reconozca el papel que jugaron los máximos responsables y se comprenda la magnitud de los delitos cometidos contra miles de víctimas, en particular, mujeres y niñas.

Por un lado, la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, permite sancionar como autores a los superiores que usaron una estructura criminal como instrumento para cometer crímenes, a través de subordinados que también responden como autores materiales.

Por otro lado, la responsabilidad de mando surge como una forma subsidiaria de responsabilidad, que permite satisfacer la necesidad político criminal de sancionar a los máximos responsables¹⁶⁸, al atribuir responsabilidad a los superiores militares o civiles, cuando no han ordenado la comisión de los delitos¹⁶⁹, o cuando dicha orden no puede probarse¹⁷⁰. Bajo esta figura, lo que habrá de probarse es que el superior militar¹⁷¹ o civil, omitió sus deberes de prevenir, reprimir, castigar o poner el asunto en manos de las autoridades competentes.

¹⁶⁷ La teoría de Roxin sobre el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, por ejemplo, es considerada como un *verdadero hallazgo dogmático*. Cfr. SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. 3ª Edición actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 321

¹⁶⁸ Cfr. SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Responsabilidad del superior en Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia. Revista No. 54 Ene-Febr. 2016.

¹⁶⁹ Pág. 189 La Responsabilidad del Superior Jerárquico en el Derecho Penal Español. Victoria García del Blanco.

¹⁷⁰ No debe perderse de vista, en todo caso, que esta última posibilidad puede conducir hacia caminos resbaladizos. Podría ser tentador atribuir responsabilidades bajo un esquema incompatible con los principios de presunción de inocencia o culpabilidad, así como en ausencia absoluta de prueba, o mediante un estándar probatorio que haga imposible para el procesado librarse de responsabilidad. Weigend, PÁGINA 124.

¹⁷¹ O quien actúe como tal.

Ahora bien, aunque el contenido de los elementos de la responsabilidad del superior se ha modificado a lo largo de la historia, actualmente el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene la regulación más completa y detallada de la figura y, de alguna manera, refleja el acuerdo al que se ha llegado en el derecho internacional consuetudinario frente a sus requisitos¹⁷².

La discusión en el caso de Bemba, se centró, principalmente, en aspectos probatorios del caso concreto. En cuanto al contenido de los requisitos de la responsabilidad de mando, parece ser que las naciones han llegado a un consenso, salvo en lo relativo al grado de abstracción permitido para analizar las medidas y la precisión con la que deben definirse los crímenes a fin de determinar si las mismas fueron adecuadas. Ambos desencuentros pueden solventarse en un justo punto medio dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto¹⁷³.

En suma, más allá de las diferencias puntuales sobre la figura, hoy en día, en el derecho internacional existe un acuerdo general sobre sus fundamentos y requisitos, los cuales podrían sintetizarse así:

¹⁷² Cfr. SUAREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Responsabilidad del superior en Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia. Revista No. 54 Ene-Febr. 2016.

¹⁷³ Frente al primer punto de discusión, debe aceptarse cierto grado de abstracción, ya que lo que se analiza son medidas no adoptadas, de modo que siempre habrán de plantearse en términos hipotéticos. Ello no implica que se precisen en la mayor medida de lo posible las medidas que hipotéticamente deberían haberse adoptado, pues de lo contrario se socavaría el derecho a la defensa. En relación con el segundo aspecto, la exigencia de determinar con los crímenes cometidos y sus circunstancias es plausible en contextos que no se refieran a violaciones masivas de derechos humanos. En escenarios de macrocriminalidad, dicha exigencia es innecesaria y, sobre todo, imposible de cumplir. Bastará con establecer que se trataba de un contexto de violencia generalizada.

I. En cuanto a los fundamentos generales

- Los superiores deben ser juzgados como máximos responsables de los crímenes cometidos por sus tropas, pues, en atención a su rol y a la actividad que comandan (la guerra), tienen especiales responsabilidades de prevenir crímenes, reprimirlos, castigarlos o ponerlos en manos de las autoridades competentes.
- Esta responsabilidad se funda en una norma consuetudinaria de obligatorio cumplimiento para los Estados.
- La responsabilidad del superior se extiende a los civiles, quienes tienen los mismos deberes, pero están sujetos a estándares menos exigentes.

II. Frente a la relación superior/subordinado

- El comandante puede ser un militar, quien actúa como militar o un civil que ejerza un grado de control similar al de un comandante militar.
- Este tipo de responsabilidad se extiende a comandantes de fuerzas irregulares.
- Los comandantes son quienes ejercen mando, independientemente del número de hombres a cargo, su rango y el tiempo en que ejerzan autoridad¹⁷⁴.
- Múltiples superiores pueden ser responsables de las acciones de sus subordinados.
- La prueba de la relación entre superior y subordinado no exige que se identifique a los perpetradores individualmente. Basta que se identifique el grupo en relación con el sitio del crimen.
- El superior no es responsable por el simple hecho de pertenecer a una cadena de mando. Debe probarse que tenía control efectivo, es decir, la

¹⁷⁴ Los comentarios al Protocolo I Adicional mencionan que a un soldado común puede serle imputado este tipo de responsabilidad si, por ejemplo, asume el cargo de jefe de pelotón en el momento en que su oficial al mando ha caído.

posibilidad material real de prevenir, reprimir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados.

- La posición de mando puede ser legal o de facto y se determina en virtud de la capacidad material de controlar las acciones de los subordinados. La ausencia de una designación formal no impide la atribución de responsabilidad al comandante que ejercía control efectivo.

- El control efectivo podría determinarse a partir de indicios como la posición oficial del comandante y su capacidad para efectuar cambios en la estructura de mando, para promover, remplazar, remover o disciplinar a cualquier miembro de la tropa, controlar las armas o finanzas, dar órdenes y asegurar su cumplimiento, entre otras.

- Debe probarse que el comandante ejercía control efectivo sobre las tropas o el territorio en el momento de comisión de los crímenes. Si se trata del deber de castigar, habrá de demostrarse que podía ejercer el poder disciplinario con posterioridad a los hechos.

- La obligación de los comandantes puede extenderse a personas distintas a sus tropas, sobre las que tenga control efectivo¹⁷⁵, tal como sucede con los comandantes de fuerzas del Estado que, de facto, ejercen autoridad sobre grupos irregulares o cuando los comandantes ejercen autoridad sobre los pobladores de un territorio ocupado¹⁷⁶.

- El comandante es responsable del comportamiento de tropas que no están bajo su mando pero que se encuentran en el territorio a su cargo.

- El comandante que se entera que va a cometerse un delito en un territorio que no está a su cargo, tiene el deber de hacer lo posible para lidiar con la situación y debe informar sobre el asunto al comandante responsable de dicho sector.

¹⁷⁵ En este sentido, se han pronunciado los comentaristas de protocolo adicional I, los jueces del TPIY y quienes interpretan el artículo 28 del Estatuto de Roma.

¹⁷⁶ Así, por ejemplo, un comandante no debe permitir que la población civil de un territorio ocupado maltrate a los prisioneros a su cargo.

- En el caso de los superiores civiles debe demostrarse que existía una relación entre los crímenes cometidos por los subordinados y las actividades que se encontraban bajo su responsabilidad y control efectivo.

III. Respetto del estándar de conocimiento (Mens rea)

- Los superiores militares responden por los crímenes que conocían o debían conocer (conocimiento inferido).

- El conocimiento efectivo del comandante no puede presumirse, pero puede establecerse mediante pruebas circunstanciales como la notoriedad de los actos, su naturaleza, el tiempo durante el que ocurrieron, el número de tropas involucradas, la ubicación del comando, entre otras.

- Lo que debe inferirse es **su** conocimiento y no el del público en general o el de otros miembros de la organización a la que pertenece.

- Frente al conocimiento inferido, la idea de que el comandante solo responde cuando tenía a su disposición información específica sobre la comisión o posible comisión de conductas criminales ha sido descartada en el derecho internacional¹⁷⁷. Los superiores deben mantenerse informados de las actividades de sus subalternos y, en caso que no tengan información completa, deben pedir informes complementarios. En otras palabras, a los comandantes se les demandaba una actitud activa en la búsqueda de la información.

- El estándar de conocimiento para los superiores civiles, es más benigno. Inicialmente (Tribunal de Tokio) se concluyó que el superior civil respondía cuando sabía o podía haber conocido al ejercer una diligencia ordinaria. Hoy, el artículo 28 del Estatuto de Roma deja claro que solo responde cuando

¹⁷⁷ El TPIY sostuvo en una oportunidad que este era el estándar aplicable para el momento en que regía el Protocolo I adicional, pero luego el mismo TPIY reconoció que incluso de acuerdo con dicho protocolo, los comandantes tienen la obligación de mantenerse informados sobre las actuaciones de sus subordinados. Por tanto, no solo responden cuando tenían información que les hiciera pensar que se estaban cometiendo delitos, sino también cuando no adoptaba las medidas razonables para mantenerse informado y determinar si los subordinados están cometiendo delitos.

“hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

IV. En cuanto a las medidas que debe adoptar el comandante

- Los superiores deben tomar medidas necesarias y razonables para evitar que sus subordinados cometan delitos, o para sancionarlos en caso que los hayan cometido.

- No es necesario que exista una competencia legal del comandante, pues lo relevante es que materialmente hubiera podido tomar las medidas tendientes a prevenir, reprimir o castigar.

- El acusado responde por el incumplimiento de cualquiera de sus deberes, independientemente de si cumplió con otro a cabalidad. Si falla, por ejemplo, en su deber de prevenir, no puede remediar el error castigando posteriormente a sus subalternos.

- En relación con el deber de prevenir, se ha determinado que los superiores, por encima de cualquier otra persona, están en la capacidad de evitar las infracciones al crear un apropiado *“frame of mind”* entre sus tropas. Además, se ha indicado que para prevenir deben, por ejemplo, i) Abstenerse de utilizar en sus operaciones de combate a quienes hubieran cometido crímenes internacionales en el pasado, o son particularmente violentos, o presuntamente han planeado cometer crímenes internacionales. ii) Asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente entrenadas en DIH; iii) Obtener informes para corroborar que las acciones militares se están llevando a cabo de conformidad con el derecho internacional y iv) Tomar medidas disciplinarias para evitar la comisión de atrocidades, protestar cuando quiera que se cometan y suspender aquellos subordinados violentos.

- El deber de reprimir, en cierta medida, se superpone al deber de prevenir, pues aquel involucra la prevención de los crímenes en curso. Además, el deber de reprimir comprende la obligación de castigar, pero no se limita a ésta, ya

que para que los comandantes cumplan con su deber de reprimir, tienen que buscar a los perpetradores y llevarlos ante los tribunales o entregarlos a otro estado para su juicio.

- Frente al deber de sancionar o someter el asunto a las autoridades competentes, se ha dicho que: i) Tiene como objetivo garantizar que los delincuentes sean llevados ante la justicia, evitar la impunidad y prevenir futuros crímenes. En torno a esta prevención, se ha concluido que, cuando se toman medidas disciplinarias, se disminuye el clima de aquiescencia frente a la comisión de graves delitos. ii) A los superiores civiles no se les exige castigar, sino poner el asunto en conocimiento de las autoridades. iii) Los comandantes militares debe someter el asunto ante las autoridades competentes cuando no poseen poder disciplinario o cuando no tiene la capacidad de tomar medidas adecuadas.

V. Sobre el nexo de causalidad

- Independientemente de que el nexo causal se asuma como un elemento separado o inherente, debe establecerse que los crímenes cometidos fueron el resultado de la omisión del acusado de ejercer un control apropiado sobre sus fuerzas. Una postura contraria desconocería el principio de culpabilidad. Sin embargo, será suficiente demostrar, en términos generales, que los crímenes no se hubieran cometido si el comandante hubiera ejercido dicho control, pues el estándar requerido no es el de una *conditio sine qua non*.

- Frente al deber de castigar, es posible predicar un nexo respecto de los crímenes futuros ya que, cuando no se castiga, se promueve un *frame of mind* inaceptable entre las tropas, en el que los crímenes no se reprochan, sino que se admiten.

CAPÍTULO 3. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN COLOMBIA. DESAFÍOS Y PROPUESTAS

En nuestro país, la figura de la responsabilidad de mando de los miembros de las FARC-EP se consagró en el artículo 66 de la Ley 1957 de 2019 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP). La responsabilidad de mando para los miembros de la fuerza pública se previó en el artículo 24 transitorio del título transitorio de la Constitución, en adelante 24 TTT¹⁷⁸, y en el artículo 67 de la mencionada ley.

Dicha regulación difiere de lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, lo cual, *per se*, no representa un inconveniente, pues es constitucionalmente admisible que existan discrepancias entre el derecho interno y dicho estatuto¹⁷⁹.

Lo que debe evaluarse, entonces, es si la regulación nacional resulta compatible con los elementos principales de la figura en el derecho internacional y, de no ser así, si ello obstaculiza la los deberes del Estado de

¹⁷⁸ Cabe aclarar que el artículo 24 transitorio de la Constitución, que no hace parte del título transitorio, se refiere al trámite de las acciones públicas de inconstitucionalidad.

¹⁷⁹ Al respecto señala Carlos Bernal Pulido: *“El Acto Legislativo 2 del 2001 y la Corte Constitucional (en la Sentencia C-578/02) reconocieron que podrían existir discrepancias entre el derecho interno y el Estatuto de Roma y que estas discrepancias están constitucionalmente permitidas. Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencias como las C-290 del 2012, ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma forma parte del bloque de constitucionalidad. En cuanto al artículo 28, la Corte lo mencionó en la Sentencia C-181 del 2002, pero no lo aplicó como parte del bloque de constitucionalidad. Incluso, si formara parte del mismo, se incurriría en un formalismo excesivo si se pretendiera derivar una inconstitucionalidad solo por su no incorporación al proyecto”*. BERNAL PULIDO, Carlos. La responsabilidad de mando. En *Ámbito Jurídico*. Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-del-mando>.

investigar, juzgar y sancionar a los superiores por los delitos de sus subordinados¹⁸⁰. Estos asuntos se abordarán a continuación.

3.1 ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2017 A LA LUZ DE LA SENTENCIA C-674 DE 2017

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

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

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el

¹⁸⁰ En este sentido, Daniel Cahen, coordinador jurídico del CICR en Colombia, señala: “*Las discusiones actuales sobre el art. 28 del Estatuto de Roma no dejan ver el panorama completo del DIH consuetudinario y del derecho penal internacional como fuentes principales de un principio cuyo perímetro es claro: concierne a civiles y militares (por tanto, es más adecuado hablar de responsabilidad de los “superiores” y no solo de los “mandos”); se aplica tanto a fuerzas armadas estatales como a grupos armados no estatales; se activa en situación de control efectivo sobre personas subalternas (evidenciado por mando y autoridad de facto y de iure); y se relaciona no solo con los hechos conocidos sino también con aquellas conductas que los responsables deberían haber sabido (casos de negligencia consciente o de “vista gorda”).* Cahen, Daniel, “Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia debería incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-deberia-incluir-el-concepto-de>

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.

Este artículo se introdujo en la Constitución mediante el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017. Por tratarse de una reforma constitucional, la Corte Constitucional analizó previamente si la misma sustituía la Constitución y, en particular, si anulaba la prohibición de impunidad al impedir la criminalización de los máximos responsables.

En sentencia C-674 de 2017 concluyó que, aunque el artículo 24 TTT no reprodujo la regulación de la responsabilidad de mando prevista en el Estatuto de Roma, no se sustituyó el deber del Estado de investigar, juzgar y

sancionar¹⁸¹, fundamentalmente¹⁸² porque: i) La responsabilidad de mando, no envuelve necesariamente la condición de máximo responsable. ii) Los elementos del referido artículo 24 coinciden con los elementos básicos de la responsabilidad de mando en el derecho internacional¹⁸³ y iii) Independientemente de lo que prevea dicho artículo, el Estado cuenta con múltiples instrumentos en la legislación interna para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables.

No obstante, como se explica a continuación, estas tres premisas en las que la Corte fundó la constitucionalidad del artículo 24 transitorio son desacertadas y parten de una interpretación errónea del concepto de máximos responsables y la figura de la responsabilidad del superior.

¹⁸¹ Esto, pese a que múltiples intervinientes resaltaron los obstáculos que el artículo 24 transitorio representaba frente a los deberes del estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH. En este sentido conceptuaron: Codhes; la Comisión Internacional de Juristas; Centro Europeo por los derechos Constitucionales y Humanos; Mónica Feria-Tinta, Colombian Caravana IK Lawyers Group – ABColombia (CAFOD, Christian Aid, Oxfam GB SCIAF, Trocaire; la Cumbre Nacional de Mujeres; abogados sin Fronteras Canadá, Clínica de Derecho Penal Internacional y Humanitario de la Universidad de Laval, Lawyers Rights Watch Canada y Global Rights Compliance; el Movimiento Nacional; la Defensoría del Pueblo; el Instituto para las Transiciones Integrales; Catalina Botero Mariño; la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; la Ruta Pacífica de las Mujeres; Dejusticia; Alianza Cinco Claves (Corporación Humanas, Red Nacional de Mujeres y Corporación Sisma Mujer); La Comisión Colombiana de Juristas; Human Rights Watch; la Fiscalía de la Corte Penal Internacional; la Cumbre Nacional de Mujeres; la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, la Asociación Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado y la Corporación Acción Humanitaria por la Convivencia la Paz del Nordeste Antioqueño.

¹⁸² Además de estas 3 razones principales, la Corte señaló que el hecho que el artículo 24 solo se refiera a miembros de la fuerza pública no genera impunidad porque para que el Estado cumpla con los deberes de investigar, juzgar y sancionar no es necesario replicar las fórmulas del derecho internacional y porque el escenario transicional justifica la existencia una regulación especial y diferenciada para los miembros de la fuerza pública.

¹⁸³ Específicamente, en el Protocolo I a la Convención de Ginebra, en el Estatuto de Roma y en las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

3.1.1 Responsabilidad de mando y máximos responsables

La Corte indicó que, en escenarios de transición, los Estados pueden concentrarse en los máximos responsables¹⁸⁴, y que *“la responsabilidad de mando no fue concebida para criminalizar a quienes cumplen un rol esencial en la acción criminal, sino para sancionar la omisión en el deber de control de los subordinados”*.

Esta conclusión no puede aceptarse. En primer lugar, porque parte de una premisa falsa, pues la responsabilidad de mando sí fue concebida para criminalizar a quienes cumplieron un rol esencial en la acción criminal, es decir, a quien pueda ser considerado como máximo responsable. De hecho, cuando un subordinado comete un crimen de guerra o de lesa humanidad, en razón a que el comandante omitió uno de estos deberes, dicho comandante es un máximo responsable, pues cumple con las dos características que históricamente se han asociado a esta noción¹⁸⁵, a saber: i) una posición relevante en la organización y ii) la responsabilidad en la comisión de un delito serio.

En segundo lugar, porque la Corte circunscribió equivocadamente el concepto de máximos responsables a quienes contribuyeron activamente en la comisión de los delitos, como si la omisión de cumplir con los deberes de prevenir, reprimir y castigar constituyera una falta menor que no es necesario sancionar en escenarios de transición. Nada más alejado de la realidad. Como se ha visto, la responsabilidad de mando obedece precisamente a la necesidad de criminalizar a quienes, por no haber cumplido con estos deberes,

¹⁸⁴ Esto es, según la Corte, quienes *“cumplen un papel esencial en la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra”*. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

¹⁸⁵ Ver capítulo 1 para una explicación más detallada sobre el concepto de máximos responsables.

contribuyeron de forma significativa a la comisión de los delitos y por ello son considerados máximos responsables.

La idea de que solo son máximos responsables quienes cumplen un rol esencial en la acción criminal y no quienes omiten deberes, obedece a una concepción de la acción penal ya superada. Hoy en día para el derecho penal, es tan relevante actuar como no actuar cuando se tiene el deber de hacerlo. Este es el fundamento no solo de la responsabilidad de mando, sino de formas de imputación como la comisión por omisión y de categorías dogmáticas como la posición de garante, con las que actualmente se juzga a los máximos responsables en Colombia, en atención a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000¹⁸⁶.

3.1.2 Coincidencia de los elementos del artículo 24 con los elementos básicos de la responsabilidad de mando en el derecho internacional

La Corte determinó que el artículo transitorio 24 recoge los elementos básicos de la responsabilidad de mando del derecho internacional, y específicamente del Protocolo I A, el Estatuto de Roma y las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario. Además, señaló que las diferencias que

¹⁸⁶ “**ARTICULO 25. ACCION Y OMISION.** La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. 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. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. **PARAGRAFO.** Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

se advierten solo versan sobre el alcance específico de algunos elementos, por lo que no se anulaba la prohibición de la impunidad.

Sin embargo, importantes elementos del artículo 24 transitorio contradicen los supuestos básicos de la responsabilidad de mando, tal como se entiende actualmente en el derecho internacional.

De hecho, una aplicación irreflexiva de los requisitos previstos en la regulación interna haría imposible que el Estado sancione a aquellos comandantes que hubieran fallado en sus deberes de prevenir, reprimir y castigar, tal como se explica a continuación:

3.1.2.1. El artículo 24 confunde la responsabilidad de mando con la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. La regulación de la doctrina de la responsabilidad de mando es tan confusa en el ordenamiento interno, que sus elementos se confunden con los de la autoría en virtud de aparatos organizados de poder, pese a que el fundamento de dichas teorías es muy distinto, como se demostró en el primer capítulo.

Recuérdese que, en la teoría de Roxin, el superior domina la voluntad del ejecutor material. En otras palabras, es quien ostenta el verdadero dominio del hecho. En cambio, bajo la teoría de la responsabilidad de mando, lo que se castiga es la omisión del superior frente a los deberes de prevenir, reprimir, castigar o remitir el asunto a las autoridades competentes, de modo que resulta impensable que bajo esta figura el superior tenga dominio sobre la conducta¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Al respecto, la Fiscal de la Corte Penal Internacional señaló que el requisito del control efectivo sobre la conducta criminal previsto en el artículo 24 transitorio frustra el objeto de la responsabilidad del mando en derecho internacional, entre otras razones, porque *podría llevar a confundir la responsabilidad del mando con situaciones de autoría mediata, en las que el "autor detrás del autor" es el que ejerce control sobre el crimen, incluyendo la conducta del que lo ejecuta*". Corte Penal Internacional. Escrito de Amicus Curiae de la fiscal de la Corte

Sin embargo, el artículo 24 dispone que “*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*”. Este es un requisito de imposible cumplimiento bajo la doctrina del superior y, sin lugar a dudas, es el primer paso hacia la impunidad por dos razones:

I. Porque desvirtúa por completo la figura, tornando imposible su aplicación. Recuérdese que la responsabilidad de mando es subsidiaria. A esta figura se acude precisamente cuando se ha descartado la posibilidad de que el comandante hubiera tenido el control de la conducta cometida por el subalterno. Si existió control sobre la conducta, lo que se imputará es algún tipo de responsabilidad directa.

En este sentido, la Cámara de Cuestiones Preliminares señaló en la confirmación de cargos de Bemba:

In this regard, the Chamber made it clear that Mr. Jean-Pierre Bemba's criminal responsibility under article 28 of the Statute shall not be examined, unless there is a determination that there is not sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the suspect is criminally responsible as a "co-perpetrator" within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute for the crimes set out in the Amended DCC. Since the Chamber found, in light of the required standard at the pre-trial stage, that Mr. Jean-Pierre Bemba's criminal responsibility cannot be established under article 25(3)(a) of the Statute for the crimes against humanity and war crimes referred to in part V, it will consider his alternative alleged criminal responsibility under article 28 of the Statute.

Inexplicablemente, el artículo 24 transitorio exige que, bajo la figura de la responsabilidad de mando, se pruebe que el superior controló la respectiva

Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la república de Colombia, 2018. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.

conducta, a pesar de que el proceso se adelanta por este tipo de responsabilidad, justamente porque se descartó la posibilidad de imputar una responsabilidad directa en la que pudiera demostrarse que existió control sobre la conducta.

Así las cosas, si al aplicar la responsabilidad del superior se exige es el control sobre la conducta, incluso de demostrarse que el comandante es responsable de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad al haber incumplido con el deber de controlar a sus tropas, su conducta quedaría impune.

II. Porque es imposible demostrar control sobre una conducta que ya acaeció. De acuerdo con el artículo 24 transitorio, la responsabilidad del superior debe de fundarse en tres requisitos: *i)* en el control efectivo de la conducta, *ii)* en el conocimiento basado en la información a su disposición antes durante y después del hecho y *iii)* en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible y para promover las investigaciones procedentes en caso que hubiera ocurrido.

Estos tres requisitos aluden a todos los deberes de los comandantes (prevenir, reprimir, castigar y poner el asunto en conocimiento de las autoridades). Sin embargo, frente a las obligaciones de castigar y poner el asunto en conocimiento de las autoridades, es imposible demostrar algún tipo de control sobre la conducta, pues esta habría acaecido antes del surgimiento de dichos deberes.

La redacción de este artículo tendría sentido y sería aplicable frente a todos los deberes de los comandantes, si en lugar de exigir un control sobre la conducta se exigiera un control sobre la tropa, tal como se ha hecho jurisprudencialmente y en las distintas codificaciones internacionales que regulan la responsabilidad del superior.

3.1.2.2. El *mens rea* exigido por el artículo 24 suscita confusión. De acuerdo con el artículo 24 transitorio, en incluso el artículo 67 de la Ley Estatutaria de la JEP, 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*”. Además, según el artículo 24 transitorio el superior solo será responsable cuando “*haya de su parte conocimiento actual o actualizable*”.

Estos estándares recuerdan posturas menos garantistas para los derechos de las víctimas, que fueron descartadas por las distintas instancias internacionales encargadas de aplicar la figura¹⁸⁸. Así, tal como se advierte en la evolución del *mens rea* expuesto en el primer capítulo, el superior no puede conformarse con la información que tiene a su disposición, sino que debe buscarla activamente.

Ahora, pese a que en el caso Čelebići el TPIY señaló que según el artículo 86 del Protocolo I¹⁸⁹ el superior solo podía ser responsable si existía información específica *disponible* sobre la comisión o posible comisión de conductas criminales por parte de sus subordinados, posteriormente se apartó de esta postura. En efecto, recuérdese que al resolver el caso Blaškić, el TPIY i) reafirmó que la ausencia de conocimiento no podrá servirle de excusa al superior, si la misma tenía origen en una negligencia de su deber de mantenerse informado y ii) aclaró que el artículo 86 no había introducido una

¹⁸⁸ Human Rights Watch, la Fiscal de la CPI y el Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos compartieron esta misma preocupación en los *amicus curiae* remitidos a la Corte Constitucional, en el trámite de revisión de la constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2017. <https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz> <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>. <https://coeuropa.org.co/wp-content/uploads/2018/06/ECCHR-Amicus-Curiae-Corte-Constitucional-Responsabilidad-de-Mando.pdf>

¹⁸⁹ El cual era distinto al previsto en el estatuto del TPIY, pero debía aplicar en virtud del principio de legalidad.

modificación de la obligación del superior de informarse sobre el comportamiento de sus subordinados, la cual se había consolidado en la jurisprudencia de la postguerra.

Ello tiene respaldo en la propia interpretación del artículo 86 del PAI publicada por el CICR, de acuerdo con la cual los comandantes deben permanecer informados sobre la forma en que sus subordinados llevan a cabo las tareas que se les encomiendan, pues ello constituye el punto de partida para el cumplimiento de sus deberes de reprimir y castigar.

Además, como con acierto lo reconoció el TPIY, la jurisprudencia posterior a la segunda guerra mundial fijó un estándar claro según el cual los comandantes eran responsables de los crímenes de sus subordinados, cuando no hubieran utilizado los medios que tenían disponibles para conocer estos delitos y, dadas las circunstancias, debieron haber sabido. Así, en los casos de los nazis Pohl y Roehling, se concluyó de forma categórica que *era su deber saber*.

Este asunto se expone con gran detalle en el primer capítulo. Por ahora, basta recordar que desde el caso de Yamashita se definió que el comandante es responsable de los actos que no conoció de sus subordinados pero que, dadas las circunstancias, debió haber conocido.

Posteriormente, salvo en el caso del Alto Mando, de forma consistente los Tribunales que operaron bajo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado concluyeron que los superiores tienen el deber de mantenerse informados de las actividades de sus subalternos, e incluso están obligados a exigir que se le remitan informes adicionales cuando los reportes que obtengan estén incompletos. Tal como se señaló en el caso de los Rehenes, si no obtienen

información completa, no podrán defender su propio incumplimiento como defensa.

En la misma línea, Tribunal Militar para el Lejano Oriente condenó a Shigemitsu, porque no tomó las medidas adecuadas para investigar. Así mismo, en el caso de Toyoda señaló que los comandantes son responsables cuando sabían de la comisión de crímenes, o debieron haber sabido mediante el uso de una diligencia razonable.

De otra parte, se ha interpretado que, de acuerdo con el *mens rea* exigido por el Estatuto de Roma, el comandante podría ser responsable, así no hubiera tenido la información, porque *era su deber saber*.

Es más, la Cámara de Cuestiones Preliminares de la CPI aclaró que el superior no solo debe responder cuando hizo caso omiso de la información disponible, sino también cuando no asumió una actitud activa para obtener información sobre el comportamiento de sus tropas¹⁹⁰.

Thus, it is the Chamber's view that the "should have known" standard requires more of an active duty on the part of the superior to take the necessary measures to secure knowledge of the conduct of his troops and to inquire, regardless of the availability of information at the time on the commission of the crime. The drafting history of this provision reveals that it was the intent of the drafters to take a more stringent approach towards commanders and military-like commanders compared to other superiors that fall within the parameters of article 28(b) of the Statute. This is justified by the nature and type of responsibility assigned to this category of superiors".

¹⁹⁰ Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI. Providencia del 15 de junio de 2009. Confirmación de Cargos contra Bemba. Párrafo 433. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

3.1.2.3. Los requisitos que prevé el artículo 24 para que exista control efectivo solo son indicios de control y no deben ser concurrentes. El artículo 24 transitorio dispone que se entenderá que existe mando y control efectivo por parte del superior si se cumplen cuatro requisitos 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.

Sin embargo, como lo explicó la Corte Penal Internacional en el caso Bemba, estos factores son apenas indicios de la existencia de control efectivo. De hecho, es perfectamente posible que en su ausencia se pueda comprobar que existió dicho control, por lo que desde ya habrá de rechazarse que constituyan condiciones sin las cuales no se pueda responsabilizar al superior¹⁹¹.

Por otro lado, no puede tratarse de requisitos *concurrentes* porque responden a hipótesis distintas de la responsabilidad de mando. Así, por ejemplo, si lo que se juzga es la omisión del deber del comandante de *reportar el asunto a*

¹⁹¹ En este mismo sentido, Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz>. Así mismo, Pérez Quintero señala al referirse a la exigencia de estos requisitos como concurrentes: “Hay entonces, una fuga, un tubo de escape, hacia un escenario de amnistía encubierta de máximos responsables de crímenes internacionales”. PEREZ QUINTERO, Farith. “La responsabilidad del mando en la justicia transicional. Un análisis a la luz del caso colombiano”. Trabajo de Maestría (Manuscrito), American University/Washington College of Law, 2018.

las autoridades pertinentes, resultaría absurdo exigir que demuestre su capacidad material de evitar o reprimir la conducta (requisito d). Máxime, tomando en consideración que el superior que omitió este deber, puede ser distinto del comandante que se encontraba a cargo de la unidad cuando se cometieron los delitos.

Adicionalmente, la forma es que se previeron estos requisitos resulta problemática por las siguientes razones:

3.1.2.3.1. El artículo 24 transitorio limita injustificadamente la responsabilidad del superior a los delitos cometidos en su área de responsabilidad. Uno de los requisitos que establece el artículo 24 transitorio para que exista control efectivo es *“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”*.

Sin embargo, lo relevante no es si el delito se cometió en un área determinada, sino si el superior tenía control efectivo sobre los subordinados cuando estos cometieron los crímenes, esto es, si tenía la capacidad de prevenir, reprimir y castigar¹⁹².

Bemba, como se vio, fue condenado en primera instancia pese a que se encontraba en un país distinto al lugar donde operaban sus tropas, pues los

¹⁹² Al respecto puede consultarse el *amicus curiae* remitido a la Corte Constitucional en el trámite de revisión del Acto Legislativo 01 de 2017 por parte de la Fiscal de la CPI. Corte Penal Internacional. Escrito de Amicus Curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la república de Colombia, 2018. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?infot=masinfo>.

jueces consideraron que tenía control efectivo sobre aquellas ya que daba órdenes, recibía informes e incluso ejercía poderes disciplinarios.

Si bien la Cámara de Apelaciones revocó la condena, no lo hizo porque considerara que el lugar donde se encontraban las tropas estuviera fuera del área de responsabilidad de Bemba, sino porque concluyó, entre otras cosas, que las medidas que tomó sí fueron adecuadas.

En la doctrina internacional no se encuentra un requisito similar al establecido en el artículo 24 transitorio sobre el área de responsabilidad. Al contrario, lo que queda claro es que, independientemente de que el delito se cometa o no en el área asignada al superior, lo que debe demostrarse es el control efectivo de este sobre sus tropas.

Por ello, tampoco es suficiente que el delito se cometa en el área de responsabilidad del superior, si fácticamente estaba imposibilitado para controlar a los subalternos. Es precisamente lo que se critica del caso de Yamashita, pues el general, además de encontrarse a 200 kilómetros del lugar en donde se cometieron, al parecer no tenía control alguno sobre sus subalternos, ya que se habían cortado las comunicaciones.

3.1.2.3.2. El control efectivo no se demuestra a partir de la capacidad legal, sino de la capacidad material. Según el artículo 24 transitorio, para que exista control efectivo, debe probarse que el superior tenía la capacidad *legal* y *material* de emitir órdenes, modificarlas y hacerlas cumplir.

No obstante, si algo ha demostrado la evolución de la figura de la responsabilidad de mando es que, más allá de los formalismos legales, lo

relevante es si el superior tenía la capacidad material de controlar a las tropas y esta capacidad puede ser legal o de facto¹⁹³.

Ahora bien, en algún momento la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas consideró que para que el superior pudiera incurrir en responsabilidad por el mando, debía ostentar una competencia legal para prevenir y castigar los crímenes¹⁹⁴. Sin embargo, esta postura fue rápidamente desechada por la comunidad internacional. En particular, el TPIY afirmó con contundencia en el caso Blaškić¹⁹⁵ que la ausencia de autoridad formal no podía impedir que se responsabilizara al superior que tuviera un control material.

En esta misma línea, la Sala de Instancia de la CPI reiteró en el caso contra Bemba que la posición legal es solo un indicio de control efectivo que no puede exigirse para derivar responsabilidad: *“finding that a person was legally or formally appointed to a position of military command or authority over the relevant forces is neither required, nor sufficient in itself, to satisfy the effective control requirement of Article 28(a). However, it may serve as an indicium of effective control”*.

Adicionalmente, la inclusión del requisito de capacidad legal es muy peligrosa, porque excluye la responsabilidad de comandantes militares que ejercen control material sobre grupos irregulares el cual, por obvias razones, no puede

¹⁹³ Sobre la inconveniencia de fundar la responsabilidad del superior en el mando de iure en lugar de un mando de facto también puede consultarse a Cfr. PÉREZ LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. Ob. Cit. Pág.171.

¹⁹⁴ http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_51_10.pdf&lang=EF SXP. Pág. 26.

¹⁹⁵ En el Amicus Curiae remitido a la Corte, la fiscal de la CPI recuerda otras providencias en este mismo sentido.; Fiscal c. Strugar, ICTY-01-42-A, (Sentencia de apelación), 17 de julio de 2008, parág. 254; Fiscal c. Aleksovski, ICTY-95-14/1- A, (Sentencia de apelación), 24 de marzo de 2000, parágs. 73-74; Fiscal c. Čelebići, ICTY-96-21-A, (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 206. <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.

provenir de la ley. En estos casos es inaceptable que la conducta de un comandante militar que controlaba soldados de grupos irregulares quede impune, simplemente porque no ejercía una autoridad legal, máxime en un país como el nuestro, en el que este el control sobre tropas irregulares por parte de superiores de las fuerzas militares no ha sido extraño¹⁹⁶.

3.1.2.3.3. El artículo 24 transitorio parecería limitar la responsabilidad del comandante a los eventos en que no existan intermediarios entre el superior y el subordinado. El artículo 24 transitorio dispone que el comandante debía tener la capacidad *directa* de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir los crímenes.

Ello, según la Fiscal de la CPI, parecería sugerir que la responsabilidad del mando se limita a los superiores directos, de modo que en los casos en que existan intermediarios entre el acusado y el ejecutor material, las omisiones de aquel quedarían impunes¹⁹⁷.

Dicha interpretación no parece derivarse del artículo 24, pero, en todo caso, no podría admitirse porque, como se ha explicado, “*el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que usa el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los rangos de mando más altos*”¹⁹⁸. Lo mismo sucede con la capacidad de controlar a las tropas, ya que

¹⁹⁶ Recuérdese, por ejemplo, que en el año 2005 la CIDH condenó al Estado Colombiano por la masacre ocurrida en Mapiripán, tras constatar que “*si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas*”. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.

¹⁹⁷ Corte Penal Internacional. Escrito de Amicus Curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz ante la Corte Constitucional de la república de Colombia, 2018. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.

¹⁹⁸ Traducción libre, Párrafo 197 de la Sentencia del Tribunal Distrital de Jerusalén en el Caso Criminal 40/61 contra Adolf Eichmann.

en la medida en que se asciende en la cadena de mando, existe un mayor poder, luego no tendría sentido que quede sin castigo la omisión de aquel quien estaba en mejor posición para controlar a los subordinados.

3.1.3 Instrumentos de la legislación interna para investigar, juzgar y sancionar

La Corte Constitucional también concluyó que el artículo 24 TTT no sustituía la Constitución porque i) el *deber general* del estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de graves delitos¹⁹⁹ se materializaba a través de múltiples instrumentos de la legislación interna y ii) específicamente, frente a las hipótesis previstas en la figura de la responsabilidad de mando, el Estado contaba con múltiples herramientas²⁰⁰.

En relación con este último punto, la postura de la Corte no es clara. En ocasiones, parecería que descarta la posibilidad de que la responsabilidad de mando se aplique como una figura autónoma de imputación, de modo que solo podría tenerse en cuenta al aplicar las figuras jurídico penales tradicionales. En otras ocasiones, pareciera que deja abierta la posibilidad de aplicarla de forma directa.

¹⁹⁹ Así, señaló en la sentencia C-674 de 2017: “*el deber general del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario se materializa a través de los múltiples instrumentos que provee la legislación interna, y que, en particular, permiten criminalizar a quienes han tenido un rol esencial en la comisión de los delitos de genocidio, de lesa humanidad ...*”. En este sentido, agregó que los operadores de justicia contaban con un amplio repertorio de títulos de imputación para perseguir a los máximos responsables de estos delitos, tales como la autoría mediata, la coautoría, la determinación, la complicidad, la comisión por omisión, delitos de omisión propia y delitos autónomos de conductas que suponen la pertenencia a una organización criminal, entre otros. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

²⁰⁰ Al respecto, indicó en la sentencia C-674 de 2017: “[c]on respecto a las hipótesis específicas a las que apunta la figura de la responsabilidad de mando, el derecho positivo también provee distintas herramientas”.

Así, por un lado, la Corte señaló que *“las hipótesis que a la luz del derecho penal internacional y del derecho humanitario deben ser criminalizadas bajo la figura de la responsabilidad de mando, en la legislación doméstica podrían ser objeto de investigación, juzgamiento y sanción bajo las categorías de la dogmática penal”*. En particular, explicó respecto de estas categorías que:

a) *“Se ha afirmado, por ejemplo, que la omisión de medidas para prevenir la comisión de crímenes por parte de los subordinados puede canalizarse a través de la figura de la omisión impropia o comisión por omisión, y que la omisión de las medidas de represión, a través de estructuras alternativas, mediante tipos penales como el favorecimiento y la omisión de denuncia, o, eventualmente, a través de la figura de la complicidad”*²⁰¹.

b) *“También se ha sostenido que los dirigentes de las organizaciones deben responder de los delitos cometidos por sus intermediarios en calidad de autores mediatos”* y

c) *“Igualmente, para justificar la criminalización de los máximos responsables se ha apelado a estructuras de imputación alternativas, a través de la tesis de la coautoría, la tesis de la autoría simultánea, accesoria o paralela, la teoría de la determinación o inducción, y la teoría de la complicidad necesaria”*.

Además, la Corte agregó que, *desde esta perspectiva*, las regulaciones del derecho internacional²⁰² relativas a la responsabilidad de mando *“no serían títulos o estructuras autónomas de imputación, sino mandatos generales de*

²⁰¹ Sobre el tratamiento jurídico de la omisión de medidas de represión por parte de los superiores, por la comisión de crímenes cometidos por sus subordinados, *cfr.* LÓPEZ SUÁREZ, Carlos Alberto. “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016, pp. 91-146.

²⁰² En particular, del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, del Estatuto de Roma y de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario.

penalización que deben ser concretados en el derecho interno a través de las categorías de la legislación doméstica”. Así las cosas, “aunque las formulaciones del derecho internacional del instituto de la responsabilidad de mando no constituye (sic) una estructura autónoma de imputación, sí debe tener encontrar un referente general o específico en el derecho interno”.

Así mismo, afirmó que “el artículo transitorio 28 del Estatuto de Roma no es una estructura autónoma de imputación sino un mandato general de criminalización, mandato este que se ha materializa a través de las estructuras generales de imputación penal previstas en el derecho interno, y en el caso de los miembros de la fuerza pública para los delitos de base cometidos en el contexto del conflicto armado, a través del mencionado artículo transitorio 24”.

Los anteriores apartes parecerían dejar claro que, para la Corte, la responsabilidad de mando no se aplicaría en Colombia como una figura autónoma, sino a través de figuras como la comisión por omisión, la coautoría, la autoría mediata, la complicidad, los tipos penales de favorecimiento y la omisión de denuncia, entre otros.

No obstante, en la misma providencia, reconoció que los fenómenos delictivos que subyacen a la figura de la responsabilidad de mando, difícilmente pueden encuadrarse en las categorías clásicas del derecho penal. Además, resaltó que, según Kai Ambos, no se trata de una omisión impropia, ni una forma de participación, ni un crimen doloso con o sin representación, ni una forma de autoría mediata, ni una comisión por omisión²⁰³. En otras palabras, la Corte

²⁰³ Al respecto, la Corte Constitucional resaltó en la sentencia C-674 de 2017: “Kai Ambos sostiene, por ejemplo, que propiamente hablando, el citado instituto no es una modalidad de omisión impropia, ni una forma de responsabilidad por participación, ni un crimen doloso con o sin representación, ni una forma de autoría mediata: no se trataría de una comisión por omisión 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 por incumplir un deber de control de los subordinados²⁰³; tampoco se trataría de una modalidad de

reconoció que las hipótesis previstas en la responsabilidad de mando no se encuadran en las categorías a través de las cuales, supuestamente, debería materializarse.

Adicionalmente, resaltó que, para algunos, *“las estructuras ordinarias de imputación fueron concebidas en escenarios criminales distintos a los que dio lugar el instituto de la responsabilidad de mando en el derecho internacional”* y que de ahí se deriva la dificultad para encuadrar en las categorías tradicionales las hipótesis delictivas que prevé esta figura.

La Corte no resolvió esta contradicción. Dado que lo que le correspondía era ocuparse de determinar si el artículo 24 sustituía la Constitución, indicó que lo relevante no era si la responsabilidad de mando constituía o no una estructura autónoma de imputación, sino si en Colombia se *“criminaliza adecuadamente el fenómeno que pretende atacar”*. Al parecer, entendió que dicho fenómeno sí se atacaba adecuadamente, pues resolvió que el artículo 24 no sustituía la Constitución, ya que los operadores de justicia cuentan con un *“amplio repertorio de títulos de imputación para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra”* y en el A.L. 01 de 2017 simplemente consagró una modalidad específica de responsabilidad de mando para los militares.

participación, teniendo en cuenta que la responsabilidad del superior se estructura en función de la omisión de las medidas de control orientadas a impedir el hecho principal y en función del conocimiento positivo de la ignorancia negligente sobre la inminente comisión de los delitos, mientras que en la participación se estructura en función la contribución o ayuda a la comisión de los delitos y de la intención y querer deliberado en la realización de los hechos punibles²⁰³; y tampoco podría ser asimilada a la autoría mediata, ya que esta última supone la emisión de una orden y en todo caso de una conducta positiva que tiene por objeto y efecto la comisión del crimen, mientras que en la responsabilidad del superior el delito se configura por la infracción a un deber de control, es decir, por una conducta omisiva”. Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

Sin embargo, no es cierto que la responsabilidad de mando constituya un mandato general de penalización que deba ser concretado a través de figuras como la coautoría, la autoría mediata o la complicidad. La responsabilidad de mando es una estructura de imputación independiente y subsidiaria, a la que se acude cuando no existe evidencia suficiente respecto de la responsabilidad criminal por alguna de las categorías de responsabilidad directa como la coautoría, tal como lo explicó la CPI en la confirmación de cargos contra Bemba.

De otra parte, resulta confuso que la Corte afirme que la responsabilidad de mando puede aplicarse a través de figuras que criminalizan a los máximos responsables, cuando en la misma providencia señaló que esta no es una figura para sancionar a los máximos responsables y por ende no representa un riesgo de impunidad.

Adicionalmente, el hecho de que en Colombia existan múltiples categorías para sancionar a máximos responsables de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, no implica que estas categorías sean suficientes y menos que las mismas recojan las hipótesis que pretenden sancionarse a través de la responsabilidad de mando.

En efecto, si bien la autoría mediata resulta útil para judicializar a los dirigentes de las organizaciones, esta categoría de imputación descarta por completo la posibilidad de aplicar la figura de la responsabilidad de mando. Lo mismo sucede con las otras categorías que, según la Corte, servirían para aplicar la responsabilidad de mando, tales como la coautoría, la autoría accesoria y la determinación. Por un lado, todas estas formas de autoría se refieren a supuestos de acción y la responsabilidad de mando es fundamentalmente omisiva. Por otro lado, cuando existen pruebas sobre la configuración de una de estas formas de responsabilidad directa, resultaría absurdo acudir a una

forma de responsabilidad subsidiaria como la responsabilidad de mando.

3.1.3.1. Responsabilidad de mando/ Autoría Mediata. Adicionalmente, la postura de la Corte según la cual es posible aplicar la responsabilidad de mando por medio de la autoría mediata es muy peligrosa porque generaría impunidad. En primer lugar, porque si a la hora de probar la responsabilidad de mando se exige que sobre las hipótesis previstas en el artículo 24 exista dominio sobre el hecho, como debe exigirse en casos en que se quiera aplicar la autoría mediata, las mismas quedarían impunes.

En segundo lugar, porque el elemento subjetivo de la autoría mediata es incompatible con el de la responsabilidad de mando. En la autoría mediata el autor actúa dolosamente y la responsabilidad de mando, como se ha expuesto, se deriva casi en todos los casos de una actuación culposa.

En tercer lugar, porque bajo la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados no es posible responsabilizar a los comandantes que hubieran incumplido sus deberes de reprimir, castigar y enviar el asunto a las autoridades competentes. Lo anterior porque, bajo esta figura, no puede responsabilizarse a los superiores de los delitos ya cometidos, respecto de los cuales no ostentaban el dominio del hecho, el cual es indispensable para imputar este tipo de responsabilidad.

Ahora, en cuanto a la posibilidad a la que se refiere la Corte de aplicar la responsabilidad de mando a través de las figuras de omisión impropia, comisión por omisión, la complicidad y los tipos penales de favorecimiento y omisión de denuncia, cabe aclarar que esta postura se fundó en lo expuesto por Suárez López en un artículo que escribió en el año 2016 sobre la

posibilidad de aplicar la responsabilidad de mando en Colombia²⁰⁴. Sin embargo, este artículo se escribió antes de que el Acto Legislativo 01 de 2017 introdujera la figura de la responsabilidad de mando en el ordenamiento jurídico colombiano, luego las conclusiones a las que arribó el profesor Suárez López para tratar de aplicar la figura en un momento en que no existía en nuestro país, no pueden ser el fundamento para afirmar que hoy en día la responsabilidad de mando se debe aplicar a través de esas formas de autoría.

3.1.3.2. Responsabilidad de mando/ Omisión impropia o Comisión por omisión: Cuando los militares ostentan posiciones de garantía, responden por los hechos de terceros en calidad de autores a título de comisión por omisión. Ahora, la posibilidad de aplicar la responsabilidad de mando a través de la figura de la omisión impropia no está exenta de dificultades. Al respecto, destacan Olasolo y Canosa²⁰⁵:

[S]e plantea la cuestión relativa a si la RespSup por omitir su deber de prevenir se configura en el art. 28 ECPI como un supuesto de autoría (comisión por omisión) (...) esto exigiría también que los superiores cumplan con los elementos subjetivos exigidos para la comisión activa de los crímenes, situación que no se presenta porque, como hemos visto, el elemento subjetivo del art. 28(a)(i) y (b)(i) ECPI, sólo requiere la imprudencia simple de los superiores militares y la imprudencia grave (o culpa consciente en el mejor de los casos) de los superiores civiles. En ningún caso, por tanto, se requiere que los superiores actúen con el elemento subjetivo general exigido por el art. 30 ECPI para los crímenes de la competencia de la CPI (dolo directo de segundo grado o dolo eventual, dependiendo de su interpretación), como tampoco se requiere que actúen con el dolo especial requerido para autores de ciertos delitos como el genocidio o el crimen de lesa humanidad de persecución, por poner sólo algunos ejemplos.

²⁰⁴ Carlos Alberto Suárez López, “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016.

²⁰⁵ OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12. Págs. 475 y 476.

Así las cosas, cuando menos de conformidad con la postura de cierto sector, a fin de evaluar la plausibilidad de aplicar la responsabilidad de mando a través de la figura de la omisión impropia, deberían tenerse en cuenta los siguientes tres aspectos.

Primero: para sancionar a un comandante bajo una omisión impropia, debe demostrarse que actuó con el elemento subjetivo exigido por la conducta. En otras palabras, si pretende responsabilizarse a un garante por una conducta que está prevista como dolosa, debe demostrarse que quien ostentaba dicha posición de garantía obró con dolo.

Segundo: lo que debe demostrarse para que se configure la responsabilidad de mando es, fundamentalmente, que el superior actuó de forma imprudente. Lo que se le sanciona bajo esta figura no es que el comandante hubiera conocido y querido que se cometieran los delitos perpetrados por sus subordinados (dolo), sino el hecho de no haber actuado con suficiente diligencia frente a su tropa (culpa).

Tercero: las conductas que perseguirá la JEP se circunscriben a graves conductas tales como secuestros, masacres, reclutamientos forzados, violaciones, entre otras, que se cometen dolosamente. En particular, ningún delito sexual se previó bajo la modalidad culposa, pues resulta impensable que alguien hubiera incurrido en este tipo de conductas por una imprudencia.

En consecuencia, si responsabilidad de mando se trata como una omisión impropia, la mayoría de las hipótesis previstas por el artículo 24 transitorio, quedarían impunes²⁰⁶. Lo anterior, porque al tratar de encajar la

²⁰⁶ Al respecto, Olasolo y Canosa señalan: “*el intento de la CCC de equiparar la RespSup a la comisión por omisión hace que no sean penalmente relevantes la mayoría de las conductas incluidas en aquélla, tales como: (i) el incumplimiento por los superiores militares de su deber de prevenir, en tanto en cuanto (a) no cumpla con la cláusula de equiparación o (b) no se lleve*

responsabilidad de mando en el marco de una comisión por omisión se concluiría en muchos casos que esta se configuró por una imprudencia (culpa), de modo que sería imposible responsabilizarlo de la comisión de conductas dolosas que son las conductas en las que se concentrará la JEP.

A esto, se suma el hecho de que en Colombia rige un sistema de *numeros clausus*, lo cual dificulta aún más la sanción de los superiores en los casos en que se pretenda encajar el incumplimiento de sus deberes como una omisión impropia. En efecto, si la responsabilidad de mando no se trata como una figura *sui generis* sino como una omisión impropia, en lugar del *mens rea* que se exige en el derecho internacional, se abre la discusión sobre el tipo subjetivo (dolo o culpa) que tendrá que probarse del superior. Si en alguna de las hipótesis se concluye, como lo hace Olasolo, que el superior actuó con imprudencia (culpa) la conducta quedaría impune. Al respecto explica Suárez López:

*“Si el superior no obra con dolo, sino apenas con culpa —lo que en muchas ocasiones será lo que se logre demostrar dados los obstáculos probatorios que normalmente envuelven estos crímenes— habrá que comprobar si en el derecho penal nacional el respectivo delito admite expresamente la modalidad culposa, pues dado que en nuestro ordenamiento jurídico-penal no rige en materia de imputación subjetiva un sistema de *numeros aperti*, sino un sistema de *numeros clausus*, por principio todos los crímenes internacionales no admiten dicho título de imputación subjetiva. Si el respectivo delito no admite expresamente la modalidad culposa y el superior ha obrado solamente con culpa y no con*

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 someter los crímenes internacionales de sus subordinados a las autoridades competentes; y (iii) todo incumplimiento por los superiores civiles de sus obligaciones de prevenir, reprimir o enviar la cuestión a las autoridades competentes”. OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12, pp. 444-500. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf]. Carlos Alberto Suárez López, “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016.

*dolo, su conducta será impune, al menos en el ámbito doméstico*²⁰⁷.

Ahora, en muchos casos será posible considerar que no se trata de un actuar imprudente sino de un dolo de segundo grado en el que el comandante deja al azar el resultado (dolo eventual), pero ello representa una gran barrera de tipo probatorio que, en el marco de ciertos delitos, como los delitos sexuales, se torna aún más difícil. De otra parte, la posibilidad de que el comandante pueda ser responsabilizado bajo la figura de la responsabilidad de mando cuando existe dolo directo sería un tanto exótica, pues si el superior quiere el resultado y tiene el control sobre la tropa, será más probable que incurra en algún tipo de autoría directa.

Además, este tipo de autoría solo sería aplicable frente al deber de prevenir, pues bajo la figura de la omisión impropia es necesario que el autor, al menos jurídicamente, haya realizado la conducta, lo cual no puede predicarse frente a delitos que ya se han cometido. Por tanto, en relación con los deberes de reprimir, castigar y remitir el asunto a las autoridades, el comandante, a lo sumo, podría ser considerado como un simple cómplice por omisión²⁰⁸ y solo en aquellos casos en que el aporte se hubiera pactado con anterioridad y los autores hubieran contado con el mismo²⁰⁹, situación que se aleja de la esencia de la responsabilidad de mando. También podría responder como autor de los delitos de favorecimiento u omisión de denuncia²¹⁰. No obstante, todas estas opciones diluyen y minimizan la responsabilidad del superior, quien

²⁰⁷ Carlos Alberto Suárez López, “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016.

²⁰⁸ Cfr. OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12, pág. 476. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf]

²⁰⁹ Cfr. Carlos Alberto Suárez López, “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016.

²¹⁰ *Ibidem*. También en Cote Barco, Gustavo Emilio, “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, *Nuevo Foro Penal*, 92, (2019). Pág. 175.

debería tratarse como un verdadero autor de los crímenes cometidos por sus subordinados, tal como se explicó en el capítulo tercero²¹¹.

3.1.3.3. Omisión propia/Responsabilidad de Mando: Si la responsabilidad del comandante se trata como un delito de omisión propia frente a los deberes de reprimir y castigar o remitir el asunto a las autoridades correspondientes, necesariamente tendría que excluirse la responsabilidad de los superiores respecto de los crímenes de los subordinados. El superior no respondería, por ejemplo, de las violaciones cometidas por sus subalternos, sino sencillamente de un delito de omisión, lo cual implica que el reproche del Estado frente al incumplimiento de sus deberes sería mínimo.

Así, por ejemplo, si se trata de un superior militar que incumplió su deber de remitir a las autoridades competentes un crimen lesa humanidad, podría responsabilizársele por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, contemplado en el artículo 417 del Código Penal²¹², por el que apenas perdería el empleo y pagaría una multa. Incluso en el caso que el superior militar omita una de las conductas previstas en el artículo 441 del Código Penal²¹³, podría recibir una pena de 32 meses, sanción que resulta

²¹¹ Suárez López propuso, antes de que se introdujera la figura de la responsabilidad de mando en el ordenamiento colombiano, que la misma se aplicara como un delito de comisión por omisión cuando se tratara de la omisión de medidas preventivas, y como un delito de omisión propia frente a las medidas represivas. Sin embargo, independientemente de que esta opción se hubiera formulado antes de la introducción del artículo 24, lo cierto es que ni en ese entonces ni ahora es coherente con la naturaleza de la responsabilidad de mando.

²¹² **ARTICULO 417. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION DE DENUNCIA.** El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. La pena será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.

²¹³ **ARTICULO 441. OMISION DE DENUNCIA DE PARTICULAR.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados

desproporcionada frente a la gravedad de la conducta omitida.

Es por ello que, en el derecho internacional, los superiores son juzgados por los crímenes base, es decir, por los crímenes que cometieron sus tropas²¹⁴. Esta postura, además, resulta compatible con la concepción nacional de imputación de responsabilidad cuando quiera que los superiores no han evitado la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Así, al pronunciarse sobre la responsabilidad de mando prevista en el Estatuto de Roma, la Corte Constitucional²¹⁵ recordó que, en atención a la posición de garantía que ostenta el superior, “*el título de imputación se hace **por el delito de lesa humanidad**, (...) sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia)*”. (Negrilla fuera del texto original)

En síntesis, tal como lo reconoció la Corte, la responsabilidad de mando se ocupa de hipótesis que difícilmente pueden encuadrarse dentro de las categorías tradicionales. Por tanto, no puede aceptarse que se aplique a través de dichas categorías y no como forma autónoma de imputación. Ello conduciría a un callejón sin salida, en el que necesariamente se verían comprometidos los deberes del estado de investigar, juzgar y sancionar este tipo de crímenes ya que, como acaba de demostrarse, se impediría la criminalización adecuada de los máximos responsables o incluso implicaría la

con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor ~~de doce (12) años~~, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

²¹⁴ No obstante, se acerca a la forma en que Alemania sanciona este tipo de casos en su derecho interno.

²¹⁵ Sentencia C-578 de 2002, en la que se retomó lo expuesto en sentencia C-1184 de 2001.

impunidad de sus conductas²¹⁶.

Ahora bien, la Corte tampoco ofreció mayor claridad sobre el delito por el que debería responder el superior. Mientras que en algunos apartes de la providencia parecería inclinarse por categorías que excluirían la posibilidad de imputar al superior los delitos cometidos por los subalternos²¹⁷, en otros apartes señaló con claridad que el artículo 24 transitorio prevé una regulación especial llamada a operar frente a los delitos base²¹⁸, lo cual resultaría indispensable si la responsabilidad de mando se concreta, como lo sugiere la corte, a través de figuras como la autoría mediata o la comisión por omisión.

Al respecto, Weigend²¹⁹ recuerda que, cuando menos en el derecho internacional, los delitos que se imputan son los delitos base cometidos por los subalternos, pues son respecto de los cuales tiene competencia la CPI. Pero más allá de eso, porque lo que se reprocha no es la simple comisión de un delito de omisión, sino el hecho que el superior, pudiendo hacerlo, no hubiera evitado, reprimido o castigado el crimen grave. Ello es fundamental en la

²¹⁶ Esto no necesariamente implica que el artículo 24 hubiera tenido que ser declarado inconstitucional.

²¹⁷ Así, por ejemplo, citó la conclusión de Kai Ambos según la cual el superior no comete el delito base porque no incurre en una responsabilidad de comisión por omisión, sino que incurre en un tipo de omisión propia. Kai Ambos, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Ezequiel Malarino (trad.), Ed. Duncker y Humboldt, Konrad Adenauer Stiftung y Ed. Temis, Montevideo, 2005, p. 298-299.

²¹⁸ En este sentido señaló en la sentencia C-674 de 2017: “(...) el artículo transitorio 24 recogió la figura de la responsabilidad de mando para los miembros de la fuerza pública. Se trata entonces de una regulación especial que está llamada a operar, en primer lugar, para los delitos **de base** que fueron cometidos en el marco de conflicto armado, y, en segundo lugar, para el escenario de la fuerza pública”. Igualmente, concluyó que el mandato del artículo 28 del Estatuto de Roma “ (...) se ha materializa a través de las estructuras generales de imputación penal previstas en el derecho interno, y en el caso de los miembros de la fuerza pública para los delitos **de base** cometidos en el contexto del conflicto armado, a través del mencionado artículo transitorio 24”. (Negrilla fuera de los textos originales). Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

²¹⁹ WEIGEND, Thomas. Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional. REYES ALVARADO, Yesid. Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018. Pág. 135

aplicación de la figura al interior de la JEP, pues esta jurisdicción no se ocupará de perseguir delitos menores de omisión, sino crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, precisamente porque al priorizar y seleccionar se orientará a que no queden impunes los máximos responsables de delitos graves. Así las cosas, es evidente que lo que se habrá de imputar son los delitos de lesa humanidad o de guerra cometidos por los subalternos y no delitos menores a los que se refiere la Ley 599 de 2000, los cuales fueron pensados para escenarios distintos.

3.2 ARTÍCULOS 67 Y 68 DE LA LEY 1957 DE 2019 A LA LUZ DE LA SENTENCIA C-080 DE 2018

Artículo 67 de la Ley 1957 de 2019. Responsabilidad de los mandos de las FARC-EP. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP 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 y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.

Artículo 68 de la Ley 1957 de 2019. Responsabilidad por mando de los miembros de la fuerza pública. Respecto a la responsabilidad de mando de los miembros de la Fuerza Pública, será de aplicación lo establecido en el Capítulo VII del Acto Legislativo número 01 de 2017 que crea el SIVJNR.

En sentencia C-080 de 2018 la Corte analizó la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP²²⁰, que preveía la responsabilidad de los comandantes de las FARC-EP en el artículo 67 y de los miembros de la Fuerza Pública en el artículo 68.

²²⁰ Que hoy corresponde a la Ley 1957 de 2019.

En esta providencia, la Corte concluyó que estos artículos se ajustaban a la Constitución, con fundamento en las razones expuestas previamente en la sentencia C-674. Así, declaró la constitucionalidad del artículo 68 porque este se remite a lo previsto en el capítulo VII del Acto legislativo 01 de 2017, el cual se había declarado exequible en la sentencia C-674 de 2017.

Igualmente, consideró que el artículo 67 se ajustaba a la Constitución, porque reproducía el contenido del artículo 24, el cual había sido declarado exequible en la sentencia C-674 de 2017.

Además, reiteró que i) la responsabilidad de mando en Colombia es solo un criterio auxiliar de interpretación; ii) las diferencias entre la regulación interna y el Derecho Internacional Consuetudinario no se traducen en una *“despenalización o en una descriminalización de las hipótesis fácticas a las que apunta a sancionar el derecho penal y el Derecho Internacional humanitario”*; iii) el reproche no se efectúa frente a los crímenes base, sino *“en función de la omisión del deber de control”* y iv) existen suficientes herramientas *“para criminalizar en el derecho interno y por la vía ordinaria las distintas modalidades de autoría y participación”*.

No obstante, como se demostró previamente, al analizar la sentencia C-674 de 2018, estas razones deben analizarse con mayor detenimiento ya que i) si la responsabilidad de mando no opera únicamente como un criterio auxiliar de interpretación perdería toda utilidad y se abrirían espacios de impunidad frente a graves crímenes; ii) las diferencias entre la regulación interna y la prevista en el derecho internacional, si se interpretan exegéticamente, se traducirían en la imposibilidad de perseguir algunas de las hipótesis fácticas previstas en la figura; iii) si no se sancionan los crímenes base sino simplemente delitos de omisión se minimizaría la responsabilidad de los autores y iv) las figuras

existentes en el derecho interno se quedan cortas frente a las hipótesis que pretende perseguir la responsabilidad de mando.

Así las cosas, a continuación, expondré algunas conclusiones sobre la regulación del artículo 24 TTT y, a la par, formularé algunas propuestas para compatibilizar la aplicación de esta figura con los derechos de las víctimas. Estas propuestas, como se verá en el último capítulo, resultan fundamentales para garantizar que la violencia sexual cometida en el marco del conflicto armado no quede impune y se garantice la no repetición de los crímenes sexuales cometidos contra mujeres y niñas.

3.3. CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO

3.3.1. Conclusiones y propuestas sobre la responsabilidad de mando y el concepto de máximos responsables

Los superiores que omitan sus deberes de prevenir, reprimir o castigar crímenes graves, tales como crímenes sexuales, siempre habrán de considerarse máximos responsables. Ello es así porque en estos casos, además de ostentar una posición relevante en la organización, el superior habría cumplido un rol esencial en la comisión de un delito grave, de modo que se cumplirían las dos condiciones que históricamente se han asociado a la noción de máximo responsable.

Dado que tal como lo reconoció la Corte, el Estado debe centrar sus esfuerzos en perseguir a los máximos responsables, la tarea de perseguir a los superiores implicados en la comisión de delitos serios por haber omitido los mencionados deberes, resulta ineludible.

3.3.2. Conclusiones y propuestas frente a la interpretación de los requisitos previstos por el artículo 24 transitorio

3.3.2.1. Frente al control sobre la conducta. La única opción interpretativa viable consiste en entender que el control efectivo debe predicarse respecto de la tropa. Una interpretación literal del artículo 24 en la que el control se predique sobre la conducta desnaturalizaría la doctrina de la responsabilidad de mando al punto que perdería toda utilidad.

Al respecto, Cote Barco señala que el control sobre la conducta del artículo 24 debe tratarse como un error de técnica legislativa y donde se dice *“control efectivo de la respectiva conducta”*, debe leerse *“control apropiado sobre sus subalternos”*, pues *“es poco probable que en el Acuerdo se haya querido anular la responsabilidad por el mando al transformarla en algo radicalmente distinto a lo que ésta es en realidad”*²²¹.

Esto encuentra sustento en la definición sobre control de la conducta que trae el propio acuerdo y el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019. En ambos textos, se señala que *“Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”*²²².

²²¹ COTE BARCO, Gustavo Emilio. “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, (2019).

²²² Párrafo 59 del Acuerdo Final. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> y artículo 67 de la Ley 1957 de 2019

Cfr. COTE BARCO, Gustavo Emilio. “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, (2019).

Ahora, aunque el artículo 67 regula únicamente la responsabilidad de mando frente a los miembros de las FARC-EP, no existe razón para que el concepto de “*control sobre la conducta*” tenga una interpretación para aquellos y otra para a los comandantes de la fuerza pública, máxime cuando el acuerdo prevé, en términos generales, la misma interpretación.

3.3.2.2. Respecto de la confusión que suscita el mens rea. En atención a su rol, el comandante militar no solo es responsable cuando ignora la información que se encuentra a su disposición, sino cuando omite estar enterado del comportamiento de sus tropas. Por tanto, debe asumir una actitud activa en la búsqueda de la información. Si omite esta obligación, no podrá librarse de responsabilidad alegando que no tuvo acceso a información de que sus tropas estaban cometiendo o se disponían a cometer delitos.

Esta postura es coherente con la percepción de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia C-578 de 2002, en la que destacó que el jefe militar puede ser responsable aún por actos de sus subordinados que él no haya conocido pero que, dadas las circunstancias del caso, debía conocer.

Además, aunque en la sentencia C-674 de 2017 la Corte mencionó que el superior debía saber o haber contado con los elementos para conocer la comisión de delitos por parte de sus subordinados, en la misma sentencia reconoció que la norma que subyace a las regulaciones internacionales indica que el superior incurre en este tipo de responsabilidad si omitió prevenir y reprimir las conductas criminales de sus subordinados, habiendo tenido conocimiento o “debiendo haber conocido”.

De hecho, el recuento de la jurisprudencia y normativa de la responsabilidad de mando en las distintas instancias internacionales evidenció que posturas

como la de Arnold o Corte Barco²²³, que niegan la obligación del comandante de asumir una actitud activa en la búsqueda de la información, carecen de fundamento en el derecho internacional y solo podrían predicarse de los superiores civiles, mas no frente a los comandantes militares.

3.3.2.3. En relación con los requisitos exigidos para que se entienda que existe control efectivo

En primer lugar, debe quedar claro que los requisitos que exige el artículo 24 para que se entienda que existe control efectivo no son concurrentes. Esto es así, porque obedecen a hipótesis distintas de la responsabilidad de mando y porque internacionalmente se ha definido que únicamente son indicios sobre la existencia del control efectivo del superior ya que, incluso en su ausencia es posible que el superior hubiera ostentado un control efectivo²²⁴.

²²³ Al menos tratándose de superiores militares, no podría aceptarse la postura de Corte Barco, de acuerdo con la cual: *“la adopción de un estándar distinto al del ER en el marco del Acuerdo de Paz no afectaría dramáticamente su legitimidad –así de esta manera se excluyan situaciones que podrían ser juzgadas por la CPI–, en la medida en que el estándar acogido puede estar en todo caso en línea con el derecho internacional consuetudinario e incluso con la forma como se ha definido este tipo de responsabilidad en el contexto de otros tribunales internacionales”*. COTE BARCO, Gustavo Emilio. “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, (2019). Pág. 187.

²²⁴ Incluso quienes defienden la constitucionalidad del artículo 24, en los términos estrictos en el que esta se contempló en el artículo 24, reconocen que no se trata de requisitos concurrentes. En este sentido, Corte Barco señala: *“El problema real del inciso tercero y de los criterios que éste introduce se encuentra en la expresión “siguientes condiciones concurrentes”, lo cual hace ve estos criterios como una especie de “check list”, de manera que mientras no se cumplan todos y cada uno de ellos no podría afirmarse que existió control efectivo. Esto contraría no solamente lo dispuesto en el ER, sino también la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, ya que en este contexto las consideraciones formales y materiales, expresadas, por ejemplo, en los factores enunciados por la Cámara de Cuestiones Preliminares II de la CPI, no constituyen requisitos concurrentes, sino más bien elementos de juicio cuyo valor argumentativo y probatorio específico depende de las circunstancias de cada caso”*. COTE BARCO, Gustavo Emilio. “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, (2019). Pág. 175.

3.3.2.3.1. Frente a la comisión del delito en el área de responsabilidad del comandante. Es posible que un comandante tenga control sobre fuerzas que operen fuera de su área asignada, al punto que se ha aceptado que el comandante puede ser responsable por lo que hagan sus tropas en otro país, ya que lo relevante es que hubiera tenido control efectivo sobre aquellas y no hubiera tomado las medidas adecuadas para prevenir, reprimir o castigar los crímenes.

Una lógica opuesta resultaría incompatible con cualquier sistema de justicia. En efecto, si en razón de la omisión de un comandante de controlar a sus tropas se cometieron graves crímenes, y se demuestra que pese a estar en capacidad de prevenirlos, reprimirlos o castigarlos no lo hizo, su conducta no debería quedar impune, solo porque estos se cometieron en un área que formalmente no estaba bajo su responsabilidad. En efecto, el comandante sigue siendo responsable de sus tropas, independientemente del lugar en el que operen. Por tanto, el que la conducta se hubiera cometido en el área de responsabilidad, solo podrá constituir un indicio sobre la responsabilidad del superior, pero no un requisito para desestimar su responsabilidad.

3.3.2.3.2. Frente a la capacidad legal del comandante. La capacidad legal no es una condición necesaria ni suficiente para determinar la existencia de control efectivo, sino apenas un indicio sobre dicho control. Por tanto, lo que debe analizarse es si el comandante **materialmente** tuvo la capacidad para emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir²²⁵. Resultaría exótico, por decir

²²⁵ En este sentido Human Rights Watch señaló que el hecho de que un comandante tenga o no autoridad *de jure* no resulta determinante para establecer su responsabilidad. Por tanto, a diferencia de lo que señala el artículo 24, un comandante puede ser responsable de los delitos se cometan en un área distinta a su área de responsabilidad y también puede ser responsable si tenía capacidad material para emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir, así legalmente no contara con dicha capacidad, como sucedió en el caso *Čelebići*, en el que se condenó a Zdravko Mucic, porque *de facto* tenía autoridad para impartir órdenes, aunque legalmente carecía de ella. <https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdccion-especial-para-la-paz>.

lo menos, que habiéndose demostrado que un comandante ostentaba de facto el control sobre las tropas, se concluya que carecía de control efectivo. A esta inaceptable conclusión conduce el requisito de la capacidad legal previsto en el artículo 24 transitorio, por lo que una aplicación exegética del mismo debe descartarse.

3.3.2.3.3. Frente a la responsabilidad directa del superior. La expresión *directa* no debe interpretarse en el sentido que solo podrán ser responsables aquellos comandantes que siguieran en el orden de la cadena de mando al ejecutor material. Directa podría entenderse como la capacidad material de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir los crímenes.

3.3.3. Conclusiones y propuestas sobre la posibilidad de aplicar la responsabilidad de mando a través de las figuras de autoría y participación previstas en el ordenamiento jurídico colombiano

La Corte Constitucional señaló que lo relevante no es si la figura de la responsabilidad de mando es una estructura autónoma de imputación, ni si se reproducen los criterios de imputación previsto en el Estatuto de Roma, sino *“si se recoge y se criminaliza adecuadamente el fenómeno que se pretende atacar”*²²⁶.

Sin embargo, la responsabilidad de mando no puede aplicarse a través de las categorías tradicionales de imputación, como lo sugirió la Corte, pues un análisis más profundo sobre esta posibilidad muestra que: *i)* algunos supuestos de omisión que reprocha la doctrina de la responsabilidad de mando, sobre todo tratándose de delitos que solo prevén la modalidad dolosa, no pueden ser juzgados mediante las herramientas del ordenamiento jurídico

²²⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente RPZ 003. (14, noviembre, 2017). M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-674 de 2017.

nacional; *ii*) las conductas que podrían sancionarse con las formas de autoría tradicionales se basan en algún tipo de responsabilidad directa, lo cual descarta la aplicación de un tipo de autoría subsidiaria como la responsabilidad de mando *iii*) algunas formas de imputación que podrían aplicarse a las hipótesis previstas por el artículo 24 transitorio minimizan la responsabilidad de los máximos responsables, al tratarlos como simples partícipes o como autores de un delito de omisión propia poco relevante, en lugar de juzgarlos por los delitos base cometidos por los subalternos.

En suma, la opción de aplicar la responsabilidad de mando, no como una figura autónoma, sino como una doctrina a tener en cuenta en la aplicación de las categorías tradicionales de la dogmática penal nacional, resulta inaceptable, precisamente porque no se criminaliza adecuadamente el fenómeno que pretende atacar.

La responsabilidad del superior debe concebirse como lo que es: una forma de autoría *sui generis*²²⁷, de aplicación directa, que se aparta de las figuras de autoría y participación previstas en el ordenamiento jurídico interno, las cuales se quedan cortas frente a violaciones de derechos a gran escala, tales como la violencia sexual cometida en el marco de un conflicto armado. Además, debe quedar claro que, como figura autónoma, apunta a la sanción de los crímenes base cometidos por los subalternos.

Una posición contraria, *i*) tornaría prácticamente inoperante el artículo 24 transitorio, así como los artículos 66 y 67 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia e *ii*) impediría sancionar a los superiores como los máximos responsables que son, en un contexto en el que, más allá de los

²²⁷ Cfr. OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” *Polít. crim.* Vol. 13, No 25 (Julio 2018) Art. 12, pág. 474. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf

crímenes particularmente considerados, lo que debe juzgarse es la violencia generalizada del conflicto armado colombiano.

Lo anterior, por demás, es compatible con el principio de legalidad, pues la responsabilidad de mando es una figura sólidamente establecida en el derecho internacional consuetudinario desde inicios del siglo XX, tal como lo explicó el CICR al formular la regla 153. Por tanto, en los casos en que se aplique como forma autónoma de responsabilidad no se contravendría la prohibición de retroactividad²²⁸, ya que los artículos 24 transitorio, así como los artículos 67 y 68 de la Ley estatutaria de la JEP, lejos de crear nueva forma de responsabilidad, simplemente reconocieron de forma expresa la existencia de la misma²²⁹.

La misma reflexión cabe frente al artículo 28 del Estatuto de Roma que consagra la responsabilidad del superior. De hecho, en sentencia C-578 de 2002²³⁰, la Corte Constitucional explicó que un antecedente de este tipo de responsabilidad se encuentra en el propio derecho penal colombiano, en el cual, de tiempo atrás, se ha juzgado a los superiores oficiales o *de facto* por los crímenes de los subordinados a través de la figura de la posición de

²²⁸ Cote Barco señala que, si la responsabilidad de mando opera como una forma específica de atribución de responsabilidad, se criminalizarían conductas que antes de la existencia de los artículos 24 y 67 no eran punibles en la legislación interna, de modo que se atentaría contra el principio de no retroactividad. COTE BARCO, Gustavo Emilio. “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, (2019). Pág. 177.

²²⁹ En este sentido, cabe recordar que fue la propia Corte Constitucional la que, en sentencia C-674 de 2017, citó las conclusiones expuestas por Daniel Cahen, coordinador jurídico del CICR en Colombia, quien categóricamente defendió la aplicación de la responsabilidad del superior conforme a los parámetros fijados por el derecho internacional. Cahen, Daniel, “Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia debería incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad”. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-deberia-incluir-el-concepto-de>

²³⁰ En esta sentencia se analizó la constitucionalidad de la ley 742 de 2002 “*Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*”.

garante.

CAPÍTULO 4. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO FRENTE A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

No es solo lugar de inscripción para la violencia, sino también es un espacio para la imaginación de resistencias, para la sanación. El cuerpo también es posibilidad, un espacio para crear realidades, nuevos tiempos y espacios. El cuerpo es resistencia²³¹.

Eboe-Osuji²³² definió el conflicto colombiano como **“Una guerra prolongada librada en el cuerpo de las mujeres”**²³³. En esa misma línea concluyó i) que la persecución de la violencia sexual debería constituir un **“elemento cardinal”** en la justicia transicional y ii) que, ante la gran cantidad de crímenes y sospechosos, debería optarse por perseguir a quienes tuvieran mayor responsabilidad.

Por fortuna, la justicia de transición toma en cuenta estos dos criterios de selección y priorización (persecución de la violencia sexual con enfoque de género y persecución de los máximos responsables, mediante figuras como la responsabilidad de mando).

Por un lado, al ser evidente el impacto desproporcionado del conflicto armado sobre las mujeres y niñas, el **enfoque de género** se concibió como uno de los pilares del Acuerdo Final²³⁴. Las normas que lo implementan prevén medidas

²³¹ Centro Nacional de Memoria Histórica. La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017. Página 24

²³² Chile Eboe-Osuji actualmente funge como presidente de la Corte Penal Internacional. Previamente se desempeñó como asesor del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y como fiscal de apelaciones en el Tribunal Especial para Sierra Leona.

²³³ AA.VV. Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio Comparado. Agencia GIZ. 2011. Pág. 113.

²³⁴ El Acuerdo Final estableció que en la implementación del mismo debería tenerse en cuenta **“el enfoque territorial, diferencial y de género”**. Por ello, el enfoque de género se incluyó dentro

orientadas a evitar la impunidad frente a los delitos cometidos en contra de las mujeres²³⁵, especialmente cuando se trate de conductas relacionadas con violencia sexual, por constituir una de las peores formas de violencia en razón del género²³⁶.

Por otro lado, ante la imposibilidad de juzgar a todos los victimarios, se contemplaron figuras como la responsabilidad de mando para perseguir a los *máximos responsables*²³⁷. Esta figura, como demostraré, es especialmente útil frente a ciertos delitos, en particular, frente a los crímenes relacionados con violencia sexual.

de los puntos de la reforma rural integral, la participación política, la solución del problema de drogas ilícitas y los derechos de las víctimas dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

²³⁵ Así, por ejemplo, los delitos sexuales se excluyeron del listado de conductas amnistiables e indultables, se creó un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual en la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP y se conformó una Comisión de Género para asegurar la efectiva implementación de este enfoque en el SIVJRNR, entre otras medidas. Cfr. La inviolabilidad del cuerpo de las mujeres hace la paz sostenible. Claves para la revisión e implementación diferenciada de un acuerdo que garantice los derechos a las mujeres y niñas víctimas de violencia sexual. Corporación Humanas, Corporación Sisma Mujer y Red Nacional de Mujeres. Edición Emma Ariza Herrera. 2016. Págs. 5 y 6.

²³⁶ Aunque la violencia en razón del género no se limita a la violencia ejercida contra las mujeres, sino que incluye a otras personas como los miembros de la población LGBTI, esta disertación se circunscribirá a la violencia de género en contra de las mujeres, ya que las dinámicas propias de la violencia sexual sexista, son diferentes a las homofóbicas o transfóbicas.

²³⁷ La responsabilidad del superior, que se analizará a profundidad en el primer capítulo, alude a la responsabilidad de los civiles o mandos militares que, pese a no haber ordenado la comisión de los crímenes cometidos por sus subordinados, no tomaron las medidas necesarias para evitarlos, reprimirlos o castigarlos. Ahora, aunque en ocasiones me referiré a la responsabilidad de mando como un sinónimo de la responsabilidad del superior, lo cierto es que la primera expresión únicamente alude a los casos en que los superiores son militares. La segunda, es más omnicomprendensiva, pues incluye a los superiores tanto civiles como militares.

4.1 JUSTICIA TRANSICIONAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

“Women's problem has been that society and law do not agree that nature made them human, so nothing that is done to them is a crime against humanity, because they have none”²³⁸

La deshumanización es una técnica que comparten algunas de las manifestaciones más graves de la violencia. Mediante esta, se contrarrestan los mecanismos inhibitorios que impiden que nos involucremos en crímenes atroces contra nuestros semejantes²³⁹.

Durante el holocausto, por ejemplo, los Nazis se referían a los judíos como ratas. En el genocidio de Ruanda, los medios de comunicación invitaban a los hutus a acabar con las *cucarachas tutsis*. De este modo, los crímenes cometidos contra millones de personas se redujeron, bajo la lógica de los criminales, a un simple *control de plagas*.

Ahora bien, esta técnica de deshumanización no es exclusiva de crímenes como el genocidio y tampoco es cosa del pasado. En el conflicto armado colombiano, los cuerpos de mujeres y niñas²⁴⁰ han sido usados como botines

²³⁸ MACKINNON, Catharine A. (1993). *Crimes of war, Crimes of peace*. UCLA Women's Law Journal, 4 (1). Disponible en <https://escholarship.org/content/qt5435b1mj/qt5435b1mj.pdf>

²³⁹ Al respecto, señala Bassiouni: “Almost every violent social interaction, whether at the domestic or interstate level or whether it falls into the top-down, bottom-up model, or those in between, has the characteristic of dehumanizing, subhumanizing, or objectivizing “the other,” upon whom violence is to be unleashed. This technique is necessary, since a variety of human inhibitory mechanisms would prevent anyone from engaging in indiscriminate and mass killing, torturing, and raping of those who are in the same objectivized category. The victim has to be perceived as different or undeserving of humane treatment”. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*. DePaul University, College of Law. Cambridge Books Online © Cambridge University Press, 2012. Pág. 63.

²⁴⁰ En este sentido, en el informe sobre violencia sexual en el marco de conflictos armados de 2018, el Secretario General informó que el “73% de las víctimas de violaciones son niñas, algo que a menudo conduce al embarazo en la adolescencia y la deserción escolar”. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos. S/2018/250. 23 de marzo de 2018.

de guerra, mercancías, objetos de venganza, campos de batalla, en fin, como lugares de apropiación y disposición.

Así, al referirse al caso de una mujer que narró los vejámenes a los que fue sometida por parte de un grupo de paramilitares, el Informe sobre Violencia Sexual en el Conflicto Armado del Centro Nacional de Memoria Histórica indica²⁴¹:

Las prácticas de sevicia, los mecanismos usados para infligir dolor en el cuerpo de Ilda, dan cuenta del grado de deshumanización al que fue sometida como castigo por transgredir el poder del grupo armado. En una sociedad en la que el valor de las mujeres se determina en tanto su sexualidad, la violencia sexual despoja a las víctimas de su valor, y de su dignidad. Así, el acto de deshumanización significa, en la violencia sexual, el despojo absoluto de la identidad de Ilda: de la capacidad de decidir sobre su cuerpo (no solo por medio de la violencia sexual, sino mediante acciones como cortar su cabello), de su identidad y de su rostro (orinarla, como acto de sevicia para borrar su rostro), deslocalizarla de su lugar en el mundo; en últimas, de situarla en el lugar de objeto, de lo no humano, y por tanto de cuerpo apropiable.

Además, la Corporación Sisma Mujer destacó que, pese a que los hombres representan a la mitad de la población, en el 93% de los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado las víctimas son mujeres²⁴², lo cual reafirma en ensañamiento de los actores armados frente a los cuerpos de las mujeres.

²⁴¹ Cfr. Centro Nacional de Memoria Histórica. *La Guerra Inscrita en el Cuerpo*. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017. Pág. 244.

²⁴² En esta línea, la Corporación Sisma mujer recientemente resaltó que las mujeres y niñas representan el 51% de la población. No obstante, según los datos del Registro Único de víctimas, en el 93% de los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado las víctimas son mujeres. CORPORACIÓN SISMA MUJER. *Reconocer y erradicar la violencia sexual contra las mujeres para consolidar una paz estable y duradera. Comportamiento de la violencia sexual contra mujeres y niñas en Colombia durante 2018 y 2019*. Boletín No. 17. Mayo 25 de 2019. Disponible en <https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2019/07/24-05-2019-Bolet%C3%ADn-SISMA-25-de-mayo-de-2019.pdf>

De acuerdo con el Registro Único de Víctimas²⁴³, por ejemplo, hasta el 1 de enero de 2020 se habían registrado 29.994 casos de delitos contra la libertad e integridad sexual en el marco del conflicto armado, de los cuales 26.994 fueron cometidos contra mujeres. Esta cifra oficial, aunque alarmante, seguramente se queda corta frente al número real de este tipo de crímenes, ya que una gran cantidad de mujeres no acuden a la Unidad de Víctimas a denunciarlos.

Hecho	Mujer	Hombre	LGBTI	No Informa	No Definido
Homicidio	478.293	540.068	330	118	
Abandono o Despojo Forzado de Tierras	10.575	10.560	8	1	
Perdida de Bienes Muebles o Inmuebles	56.235	59.805	70	12	
Sin información	5.337	10.396	7		
Desaparición forzada	83.615	94.362	62	20	
Secuestro	9.218	27.781	48	1	
Tortura	4.459	6.065	56		
Delitos contra la libertad y la integridad sexual	26.994	2.182	441	2	
Otro	23.472	24.123	14	2	
Vinculación de Niños Niñas y Adolescentes	2.673	5.298	11	1	
Otros	2.845	5.758	52		
Acto terrorista/Atentados/Combates/Hostigamientos	37.361	45.305	93	1	
Amenaza	220.644	205.880	1.010	12	
Minas antipersonal/Munición sin explotar/Artefacto explosivo	1.137	10.469	2		
Desplazamiento	3.887.722	3.693.281	3.428	130	

Fecha de Corte : 01/01/2020 12:00:00 a. m.
Fuente: Unidad Para la Atención y Reparación de las Víctimas

De otra parte, si algo caracteriza y exacerba los delitos perpetrados contra las mujeres en la guerra, especialmente los delitos sexuales, es que estos no se cometen únicamente por *el enemigo*, sino también al interior de las filas.

²⁴³ Registro Único de Víctimas. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

En este sentido, la Corte Constitucional destacó, en el Auto 092 de 2008, que la violencia sexual contra las mujeres y niñas reclutadas por grupos armados al margen de la ley en Colombia, incluye violaciones, planificación forzada, prostitución forzada, embarazos forzados, abortos forzados, contagio de infecciones de transmisión sexual, esclavitud y explotación sexual por parte de los jefes o comandantes, entre otras conductas.

Ante esta realidad, el enfoque de género se concibió como uno de los pilares del *Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*²⁴⁴. En este documento, dicho enfoque se menciona en 44 ocasiones, como un elemento fundamental de la reforma rural integral, la participación política, la solución del problema de drogas ilícitas y en relación con los derechos de las víctimas dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, en adelante SIVJRNR²⁴⁵.

En consecuencia, al interior de la JEP se conformó una comisión de género, con el fin de promover la efectiva implementación de dicho enfoque en el componente de justicia del SIVJRNR²⁴⁶. Esta comisión, entre otras funciones,

²⁴⁴ La propia creación de la Subcomisión de Género para la negociación de los acuerdos, y la Instancia Especial de Mujeres, refleja el impacto que ha tenido el conflicto armado en Colombia en las vidas de las mujeres y la necesidad de incluirlas no sólo en el diseño sino en la implementación del Acuerdo.

²⁴⁵ El Acuerdo original fue modificado especialmente en lo relativo al enfoque de género, a raíz de la campaña de desinformación promovida por varios grupos, fundamentalmente políticos y religiosos, que lograron convencer a gran parte de la ciudadanía que el Acuerdo pretendía imponer una “*ideología de género*” respecto de la familia, los derechos de las parejas homosexuales, el aborto, la sexualidad de los niños y la adopción, entre otros. No obstante, la perspectiva de género a la que se refería el acuerdo apuntaba hacia fines muy distintos, fundamentalmente a visibilizar el impacto desproporcionado del conflicto frente a las mujeres, a evitar que en la implementación del acuerdo se las discriminara o se discriminara a miembros de la comunidad LGBTI y a prevenir que se perpetuaran estereotipos que facilitan la comisión de graves crímenes, especialmente crímenes sexuales en razón del género. Por fortuna, lograron mantenerse varias medidas relevantes que toman en cuenta la perspectiva de género en la implementación de los acuerdos. Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. *¿Ideología o perspectiva de género en la justicia transicional?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019. Págs. 13 y ss.

²⁴⁶ Artículo 104 del Acuerdo No. 001 de 2018 (Reglamento de la JEP). **Comisión de género.** *La Comisión de género de la JEP es una instancia permanente, que se encarga de promover*

opera como cuerpo consultivo en asuntos de género, especialmente en temas de violencia contra mujeres, niñas y personas pertenecientes a la comunidad LGBTI; vela por la adecuada representación judicial de estos grupos; apoya la formulación de criterios de selección y priorización diferenciales; promueve programas de formación con enfoque de género y efectúa recomendaciones a favor de las víctimas que son sujetos de especial protección constitucional²⁴⁷.

la efectiva implementación del enfoque de género en el componente de justicia del SIVJRN. (...) La Comisión tiene como fines promover la igualdad entre hombres y mujeres, la no discriminación y evitar la exclusión de las personas con identidades de género y orientaciones sexuales diversas en las decisiones judiciales, en el servicio público de la administración de justicia y en el funcionamiento de la JEP. En vista de este objetivo, esta Comisión sirve como instancia consultiva sobre temas relacionados con la aplicación del enfoque de género o casos de violencia contra las mujeres, niñas y población LGTBI, en el desarrollo de las funciones de la JEP (...).

²⁴⁷ Artículo 105 del Acuerdo No. 001 de 2018 (Reglamento de la JEP). **Funciones.** Son funciones de la Comisión de género las siguientes: a) Promover e impulsar las medidas necesarias y adecuadas para la incorporación del enfoque de género en la JEP. b) Formular, definir y proferir lineamientos, conceptos, protocolos, manuales y directrices sobre estrategias, planes, diseños, programas y proyectos que requieran la aplicación del enfoque de género como componente transversal a la implementación, funcionamiento y actuaciones de la JEP. c) Emitir recomendaciones que orienten el ejercicio de las Salas y Secciones, cuando estas así lo requieren, sobre los casos relacionados con enfoque de género o violencia contra las mujeres, niñas y comunidad LGBTI. d) Promover estudios de interés general para la JEP sobre el estado y desarrollo de la protección de los derechos de las mujeres, niñas y comunidad LGBTI, demás temas relevantes para el trabajo de la JEP con el enfoque de género. e) Diseñar y aplicar una propuesta de comunicación e información sistemática tanto para los funcionarios y las funcionarias como para los usuarios y usuarias de los servicios de la JEP sobre los mencionados estudios. f) Apoyar la formulación y aplicación de criterios de selección y priorización diferenciales que permitan establecer condiciones de vulnerabilidad y el impacto diferencial de estas sobre las mujeres, niñas y comunidad LGBTI. g) Promover y recomendar medidas a favor de las víctimas que son sujetos de especial protección constitucional. h) Promover la celebración de convenios interadministrativos, interinstitucionales y de cooperación con instituciones y organizaciones, encargadas de la promoción, investigación y defensa de los derechos humanos de las mujeres, niñas y comunidad LGBTI. i) Proponer y promover en concordancia con la Secretaría técnica de la Comisión, la sensibilización y los programas de formación en materia de enfoque de género, violencia de género y violencia sexual de manera continua, sistemática y transversal para todas y todos los servidores judiciales de la JEP. j) Diseñar y aplicar propuestas de gestión de recursos humanos que aseguren la garantía y protección de los derechos de las mujeres y personas pertenecientes a la comunidad LGBTI que trabajan dentro de la JEP. k) Proponer mecanismos para facilitar y garantizar la participación de las víctimas mujeres, niñas y personas pertenecientes a la comunidad LGBTI en las diferentes actuaciones de la JEP. l) Vela por la existencia de mecanismos para facilitar y garantizar la representación judicial de las víctimas mujeres, niñas y personas pertenecientes a la comunidad LGBTI. m) Realizar un seguimiento y evaluación de la implementación efectiva de las políticas, planes y acciones en materia de enfoque de género tanto en las actividades judiciales como en las administrativas dentro de la JEP. n) Servir de órgano de coordinación entre las Salas, Secciones y la UIA en materia de enfoque

De otra parte, se acordó que la Comisión de la Verdad abordaría su tarea mediante un enfoque transversal de género, el cual le permitirá evidenciar el impacto desproporcionado del conflicto armado en la vida de mujeres, niñas, lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales en razón de su orientación sexual o identidad de género. *“Ello, como punto de partida para la implementación de medidas que restituyan sus derechos, esclarezcan los patrones de violencia a las que fueron expuestas, promueva su reconocimiento, la responsabilidad de los perpetradores, visibilice los mecanismos que construyeron cotidianamente y que apostaron a la construcción de la paz de manera permanente en los territorios”*²⁴⁸.

Además, la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP²⁴⁹, cuenta con un equipo interdisciplinario²⁵⁰ especialmente conformado para actuar en casos de violencia sexual contra las mujeres, pues se ha entendido que este tipo de violencia debe priorizarse en la agenda de la justicia transicional, no sólo porque fue una práctica sistemática, así como un arma de guerra usada por todos los actores del conflicto, sino porque la sevicia con la que se cometió ofende profundamente la conciencia de la humanidad.

Así mismo, los delitos relacionados con violencia sexual se excluyeron de aquellos que pueden ser objeto de amnistía o indulto. De conformidad con el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016: *“En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes: a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de*

de género, así como entre los demás componentes del SJVRNR. o) Las demás que le sean encomendadas para garantizar la efectiva implementación del enfoque de género.

²⁴⁸ Al respecto puede consultarse: <https://comisiondelaverdad.co/en-los-territorios/en-foques/de-genero>

²⁴⁹ La cual se ocupa de los casos en los que no haya aporte de verdad o reconocimiento de responsabilidad, individual o colectiva de las violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

²⁵⁰ Este equipo está conformado por investigadores, psicólogos, médicos y abogados.

rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual (...)". (Negrilla fuera del texto original).

Adicionalmente, en la Ley de procedimiento de la JEP, en enfoque de género se consagró como uno de los principios rectores de dicha jurisdicción así:

Artículo 1 de la Ley 1922 de 2018. **PRINCIPIOS.** Además de los principios y reglas establecidos en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, la ley estatutaria de administración de justicia de la JEP, las actuaciones, procedimientos y decisiones se registrarán por los siguientes: (...)

h) **Enfoque de género.** A fin de garantizar la igualdad real y efectiva y evitar la exclusión, en todas las actuaciones y procedimientos que adelante la JEP se aplicará el enfoque de género.

Si bien las relaciones desiguales de género son preexistentes al conflicto armado, en los procedimientos ante la JEP se tendrá en cuenta que aquellas se instrumentalizaron, exacerbaron y acentuaron durante el conflicto, profundizando los daños, las consecuencias y los impactos de la violencia en la vida.

PARÁGRAFO. En la JEP se dará plena aplicación y observancia a los derechos de las mujeres reconocidos en la Constitución, los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados y la ley. En particular, a una vida libre de violencias y discriminación, acceso a la justicia, participación en la construcción y consolidación de la paz, a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Finalmente, la Ley Estatutaria de administración de Justicia de la JEP previó que la JEP deberá tener especialmente en cuenta las necesidades de las víctimas mujeres y niñas, por cuanto sufren de manera desproporcionada los efectos del conflicto. Así señala el artículo 18 de la Ley 1957 de 2019.

ENFOQUE DIFERENCIADO. El funcionamiento de la JEP dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, quienes sufren de una manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las reparaciones en el SIVJRNDR deben responder al llamado de las Naciones

Unidas en cuanto a que todo acuerdo de paz debe adoptar un enfoque de género, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa y equitativa en la JEP (...).

No obstante, estas medidas y herramientas perderían gran parte de su utilidad sino se aplican de forma adecuada las figuras dogmáticas previstas para sancionar a los máximos responsables de los crímenes cometidos contra las mujeres y niñas. En particular, en lo que tiene que ver con la responsabilidad de mando, comprender su relevancia frente a la violencia sexual que sufrieron aquellas - asunto que se expondrá enseguida - permitirá comprender por qué Colombia no puede perder de vista esta figura y por qué resulta fundamental que la misma se aplique de conformidad con los estándares previstos en derecho internacional, tal como se propone en el tercer capítulo.

4.2.IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL JUZGAMIENTO DE CRÍMENES SEXUALES EN LA JEP

“La violencia sexual es quizás la violencia más olvidada y silenciada entre los repertorios de violencia empleados por los actores armados. Ningún actor armado admite con franqueza haber violado, acosado o prostituido forzosamente a una víctima. Es mucho más fácil confesar el despojo, el desplazamiento forzado e incluso el asesinato, pero sobre la violencia sexual impera un profundo sentido moral que la convierte en un crimen horrendo...”²⁵¹.

La responsabilidad de mando ofrece una posibilidad privilegiada para *devolver*²⁵² la responsabilidad a los perpetradores y garantizar los derechos de las víctimas por las siguientes razones:

²⁵¹ La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Centro Nacional de Memoria Histórica. Pág. 16

²⁵² Cfr. Centro Nacional de Memoria Histórica. La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017. Pág. 384.

4.2.1 Constituye una valiosa herramienta en contra de la impunidad de los delitos sexuales, cuando se dificulta probar la implicación del autor en el hecho

El Informe Nacional de Violencia Sexual en el Conflicto Armado del Centro Nacional de Memoria Histórica explica que la violencia sexual es la más silenciada y olvidada entre los repertorios de violencia de los actores armados. Para ellos, es más fácil reconocer desplazamientos, despojos e incluso homicidios que este tipo de delitos. *Ningún actor armado admite con franqueza haber violado, acosado o prostituido forzosamente a una víctima*²⁵³.

A esto, se suman otros factores que invisibilizan los crímenes sexuales cometidos contra las mujeres. En muchos casos, la respuesta de las autoridades frente a los casos que llegan a su conocimiento, no es adecuada. En otras ocasiones, las víctimas, que generalmente son los únicos testigos, prefieren no denunciar. Al respecto, se destaca en el informe sobre violencia sexual del Centro Nacional de Memoria Histórica para referirse al subregistro de este tipo de delitos:

La Primera Encuesta de Prevalencia de Violencia Sexual en contra de las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano, realizada por la Casa de la Mujer en el marco de la campaña “Violaciones y otras violencias: saquen mi cuerpo de la guerra”, impulsada por Oxfam Internacional en el periodo 2001- 2009 (Casa de la Mujer, 2011), estima que de una muestra de 2.500 mujeres entre 15 y 49 años de edad, víctimas de violencia sexual en municipios con alto impacto del conflicto armado, el 82,15 por ciento no ha denunciado estos hechos de violencia por miedo, por falta de confianza en la justicia o por ausencia de la institucionalidad en sus territorios²⁵⁴.

Así pues, se trata de una violencia silenciada, que nadie quiere reconocer y de la que no se quiere hablar, lo cual genera que sea muy difícil demostrar que

²⁵³ *Ibíd.* Pág. 16

²⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 312

los autores ordenaron, alentaron o de alguna manera facilitaron la comisión de estos crímenes.

Sin embargo, en los casos en que no sea posible probar que el superior tuvo una injerencia directa en los hechos, podría aplicarse subsidiariamente la responsabilidad del superior, por lo que esta constituye una herramienta fundamental contra la impunidad en los casos de delitos sexuales.

Esto no quiere decir que se desconozca la presunción de inocencia, o que no sea necesario probar que el procesado tuvo una injerencia en el crimen cometido. No obstante, el estándar probatorio opera de forma distinta, pues no será necesario demostrar que el superior participó activamente en el crimen o que dio la orden de que se cometiera. Lo que habrá de demostrarse es que no cumplió adecuadamente con uno de los deberes de prevenir, reprimir o castigar, los cuales se derivan de su posición de garantía y de la peligrosidad de la actividad²⁵⁵ que desarrolla al comandar tropas en un conflicto armado. Esta prueba, por supuesto, es mucho más sencilla que aquella orientada a demostrar una injerencia directa en crímenes relacionados con violencia sexual, sobre los cuales existe una suerte de tabú.

4.2.2 Permite comprender, de una mejor manera, la violencia sexual cometida contra las mujeres en el conflicto

Esta forma de autoría fue diseñada para violaciones masivas de derechos humanos en el marco de enfrentamientos armados. Por tanto, permite

²⁵⁵ Sobre el fundamento de la responsabilidad de mando a partir del control de una fuente de peligro, puede consultarse a WEIGEND, Thomas. Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional. En: REYES ALVARADO, Yesid. Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018. Pág. 130.

visualizar la verdadera dimensión de la violencia que sufrieron las mujeres en el conflicto colombiano.

En primer lugar, dado que la responsabilidad del superior se funda en la existencia de organizaciones capaces de cometer los peores crímenes, podrá entenderse que las víctimas de crímenes sexuales en el marco del conflicto, más allá de haber sido sometidas por su victimario, se vieron enfrentadas a potentes estructuras criminales, o incluso legales como las fuerzas militares del Estado.

En segundo lugar, un análisis global como al que apunta la responsabilidad de mando, permite comprender que los ataques sexuales cometidos contra las mujeres en Colombia constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, pues no se trataron de ataques aislados sino generalizados, que ofenden la consciencia de la humanidad y en los que el conflicto fue determinante.

La Sala de Primera Instancia de la CPI, por ejemplo, al evaluar la responsabilidad de Bemba como superior bajo el artículo 28 del Estatuto de Roma, pudo establecer que las violaciones cometidas contra más de 20 mujeres por parte de miembros del MLC en la República Centro Africana tenían esta doble condición de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad²⁵⁶.

En tercer lugar, el análisis de macrocriminalidad al que se orienta la responsabilidad de mando, permite comprender que la configuración de la

²⁵⁶ “Accordingly, noting its findings below on the contextual elements of war crimes and crimes against humanity, the Chamber finds beyond reasonable doubt that MLC soldiers committed the war crime of rape and the crime against humanity of rape in the CAR between on or about 26 October 2002 and 15 March 2003”. Corte Penal Internacional. Sentencia de Primera Instancia. ICC-01/05-01/08-3343 21-03-2016. Párrafo 636. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF.

violencia sexual como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra no depende del origen de la agresión. En efecto, para nadie es un secreto que algunos de los peores vejámenes sufridos por las mujeres no provinieron del *enemigo*, sino de sus compañeros de filas.

Al respecto, cabe señalar que, recientemente, Women's Link Worldwide presentó ante la Jurisdicción Especial para la Paz, el primer informe que documenta violaciones a derechos reproductivos de mujeres y niñas dentro de las filas de las FARC-EP, el cual recoge 35 testimonios de víctimas de este tipo de violencia. Entre estos se destaca el caso de Helena, quien siendo una niña fue reclutada forzosamente por este grupo guerrillero, en el que fue obligada a utilizar anticonceptivos y finalmente se le practicó un aborto en contra de su voluntad y en las peores condiciones²⁵⁷. Frente a este informe, Women's Link Worldwide señaló²⁵⁸:

La JEP tiene la oportunidad de emitir uno de los primeros precedentes a nivel mundial sobre las violaciones a derechos reproductivos dentro de los grupos armados, y de hacer una advertencia a aquellos que aún existen en el país y que continúan reclutando niñas que luego son sometidas por sus comandantes y compañeros de filas a estos tipos de violencia.

Le pedimos a la Jurisdicción Especial para la Paz que acabe con la impunidad y que reconozca que la violación de derechos reproductivos dentro de las filas de las FARC fue una práctica sistemática y generalizada que constituye un crimen de guerra y una grave violación a los derechos humanos.

Sin embargo, el camino hacia el reconocimiento de los delitos sexuales como crímenes de guerra al interior de la JEP no parece tan sencillo. Recientemente

²⁵⁷ La Corte Constitucional se pronunció sobre este caso en la sentencia SU-599 de 2019.

²⁵⁸ Women's Link Worldwide. Women's Link Worldwide presenta, ante la Jurisdicción Especial para la Paz, el primer informe que documenta violaciones a derechos reproductivos de mujeres y niñas dentro de las filas de las FARC, 2019. Disponible en: <https://www.women-slinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/women-s-link-worldwide-presenta-ante-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-el-primer-informe-que-documenta-violaciones-a-derechos-reproductivos-de-mujeres-y-ninas-dentro-de-las-filas-de-las-farc>

esta jurisdicción emitió una decisión sumamente cuestionable, en la que concluyó que *las ofensas* que se cometen al interior de las filas no constituyen crímenes de guerra²⁵⁹. Con fundamento en esta postura, le concedió la libertad condicionada a Héctor Albeidis Arboleda Buitrago, alias “el enfermero”, señalado de participar en múltiples abortos forzados al interior de las FARC-EP²⁶⁰. Ello en abierta contradicción con la jurisprudencia internacional sobre la materia, específicamente las consideraciones que se han expuesto por parte de la CPI en el caso contra Bosco Ntaganda²⁶¹. Por fortuna, esta postura de la JEP fue rechazada por la Corte Constitucional en sentencia SU-599 de 2019²⁶².

Pareciera que ahora, más que nunca, resulta indispensable aplicar figuras de imputación como la responsabilidad de mando, diseñadas para analizar en su verdadera dimensión los crímenes relacionados con violencia sexual en el marco del conflicto, sin minimizar su importancia y sin negar que estos constituyen crímenes de guerra y de lesa humanidad.

²⁵⁹ JEP. Sala de Amnistía e Indulto. Providencia del 25 de febrero de 2019. Radicado SAI-LC-XBM-046. Compareciente Héctor Albeidis Arboleda Buitrago.

²⁶⁰ Con esto no quiere decirse que el señor Arboleda Buitrago haya debido ser procesado como superior. Lo que se pretende es destacar los peligros de no considerar la violencia sexual cometida contra las mujeres como crímenes de guerra, análisis que favorece una figura como la responsabilidad de mando.

²⁶¹ Al respecto puede consultarse: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/el-caso-ntaganda-y-las-victimas-de>

²⁶² Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 2019. “Sobre este punto en particular, esta Sala considera pertinente enfatizar en que los crímenes intrafilas sí pueden constituir crímenes de guerra, máxime si se trata de crímenes que involucran violencia sexual, como en el caso sub examine. Esta aclaración se hace con el objetivo de llamar la atención a las autoridades judiciales competentes para evitar la generación de espacios de impunidad frente a las víctimas de violencia sexual intrafilas o restarle relevancia a los crímenes cometidos en su contra; como ocurrió en el caso conocido como “el enfermero”, decidido por la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP, mediante sentencia del 25 de febrero de 2019, en la que se le concedió la libertad condicionada, entre otras razones, por haber estimado que las ofensas intrafilas no constituyen crímenes de guerra”.

4.2.3 Porque, al orientarse a perseguir a los superiores como máximos responsables, impide que los crímenes sexuales cometidos contra las mujeres queden impunes

En un conflicto tan prolongado como el de Colombia, en el que la violencia sexual contra las mujeres se cometió por parte de miles de combatientes de todos los bandos, resulta prácticamente imposible identificar al autor material de cada uno de estos delitos. Si esta fuera la lógica de la justicia de transición, los delitos sexuales cometidos en contra de las mujeres quedarían impunes. Al respecto, cabe recordar que de conformidad con el reporte de la Mesa de Seguimiento a los Autos 092 de 2008 y 009 de 2014, existen precarios avances en la identificación de los autores. De 634 casos, el 45 por ciento de los mismos no tiene un autor identificado e individualizado²⁶³.

Adicionalmente, la JEP, al menos en principio, únicamente asumirá macroprocesos, de modo que difícilmente se ocupará de los autores materiales individualmente considerados²⁶⁴, sobre todo tratándose de delitos sexuales, en los que la identificación de los mismos es sumamente compleja. Al respecto, ha sostenido esta jurisdicción:

Ejercer el mandato de hacer justicia respecto de crímenes internacionales y violaciones graves a los derechos humanos, supone alejarse de las

²⁶³ “La Mesa de Seguimiento a los Autos 092 de 2008 y 009 de 2014 señala que la identificación de los autores es otro tema en el que se evidencian precarios avances. De 634 casos, el 45 por ciento de los mismos no tiene un autor identificado e individualizado, el 20,5 por ciento de los hechos fueron cometidos por grupos paramilitares, el 9 por ciento por guerrilla, el 6,9 por ciento por miembros de la fuerza pública, el 6,3 por ciento por integrantes de bandas criminales y el 5,5 por ciento por grupos armados sin identificar (Mesa de Seguimiento, Sexto Informe de Seguimiento al Auto 092/08, 2016, página 15). Centro Nacional de Memoria Histórica”. Centro Nacional de Memoria Histórica. La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017. Pág. 392.

²⁶⁴ Es más, la JEP se ha negado a recibir los asuntos puntuales que le han remitido otras jurisdicciones, bajo el argumento que, inicialmente, solo se ocupará de los casos priorizados. La JEP expuso dicha postura, por ejemplo, en los conflictos de jurisdicciones que la Corte Constitucional resolvió mediante los autos 348 de 2019, 451 de 2019. Cabe aclarar que en estos casos la Corte Constitucional remitió a la JEP los asuntos, lo cual no implica que haya ordenado que deba resolver de inmediato los mismos.

visiones tradicionales de administración de justicia que pretenden perseguir penalmente una a una las conductas punibles, para abrir paso a enfoques que permitan dar respuesta a contextos de violencia generalizada y crímenes de sistema²⁶⁵.

De hecho, aunque la JEP ha abierto 7 macro casos²⁶⁶ dentro de los cuales podrán analizarse crímenes que involucren violencia sexual, ninguno de esos casos se refiere exclusivamente a este tipo de delitos.

Por fortuna, figuras como la de la responsabilidad del superior apuntan a perseguir a los máximos responsables, quienes, por regla general, se encuentran en los mandos medios o en la cúspide de las organizaciones. Esto, como se explica en seguida, es especialmente cierto frente a la comisión de delitos sexuales.

Por tanto, independientemente de que no se logre sancionar a los autores materiales, estas conductas no quedarían impunes, pues podría perseguirse a aquellos comandantes que tuvieron un papel relevante en la comisión de este tipo de conductas, al no cumplir con sus obligaciones de prevenir reprimir y castigar.

²⁶⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. 28 de junio de 2018. <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

²⁶⁶ La JEP ha abierto los siguientes 7 macro casos: **Caso 001**, Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP (abierto el 6 de julio de 2018). **Caso 002**, que prioriza la grave situación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño) (abierto el 10 de julio de 2018). **Caso 003**, sobre muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado (abierto el 17 de julio de 2018). **Caso 004** que prioriza la grave situación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá, Dabeiba (Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó) (abierto el 11 de septiembre de 2018). **Caso 005** que prioriza la grave situación de derechos humanos padecida por la población de los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribío y Caldon (Cauca) (abierto el 8 de noviembre de 2018). **Caso No. 006** "Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP) por parte de agentes del Estado" (abierto el 26 de febrero de 2019). **Caso 7**, denominado "Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado" (abierto el 6 de marzo de 2019).

4.2.4 Sirve para comprender el papel de los comandantes como máximos responsables de la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado tanto fuera como dentro de las filas

La pregunta que subyace a la responsabilidad de mando frente a los crímenes cometidos por las tropas, pero especialmente frente a crímenes sexuales, es por qué debería sancionarse al superior que no ordenó ni participó en los mismos y por qué podría considerársele como un máximo responsable. Parece extraño, por ejemplo, que se condene por una violación a quien ni siquiera conoció a la víctima, sobre todo tratándose de delitos tradicionalmente concebidos como de *propia mano*²⁶⁷.

No obstante, la figura de la responsabilidad de mando está diseñada para llevar a cabo un análisis de patrones de criminalidad en escenarios de violaciones masivas de derechos humanos que permite comprender la importancia de los deberes de los comandantes de prevenir, reprimir y castigar, así como la relación entre su incumplimiento y la comisión de crímenes sexuales por parte de las tropas.

Ello es así, sobre todo, frente al deber del comandante de castigar, cuya relevancia se desvanecería en un análisis caso a caso, pese a que, en contextos de macrocriminalidad, es claro que resulta tanto o más importante que el deber de prevenir.

²⁶⁷ Sobre la superación del concepto de delitos de propia mano frente a delitos sexuales cometidos en conflictos armados, puede consultarse, por ejemplo, a LLANOS SARMIENTO, Teddy. "Autoría mediata en aparatos organizados de poder, concurso de delitos y delitos sexuales en el conflicto armado". Decisiones Judiciales Lubanga (Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina) Rio Negro (Guatemala). Comentarios. Compilador por ProFis. Págs. 178 y 179.

Veamos, si el deber de castigar se analizara en un caso particular bajo las categorías de imputación tradicionales, el reproche sería mínimo. Para empezar, sería imposible predicar un nexo causal respecto del crimen cometido ya que, por obvias razones, no podría pensarse que la causa de un delito fue el incumplimiento de una obligación que debía cumplirse con posterioridad al hecho. En consecuencia, el superior, a lo sumo, podría responsabilizarse por un delito menor de omisión de denuncia. En contraposición, un análisis de contexto mostraría que la omisión del deber de castigar constituye una de las principales causas de la comisión de nuevos delitos en el futuro.

Esta fue la discusión que el TPIY evadió en el caso Čelebići. No obstante, en los casos contra Halilovic²⁶⁸ y Hadzihasanovic & Kubura²⁶⁹, este tribunal explicó, con fundamento en los comentarios del CICR frente al artículo 87 el TPIY²⁷⁰, que los comandantes se encuentran en una posición privilegiada para

²⁶⁸ Sentencia Sala de Primera Instancia, IT01-48, The Prosecutor v. Halilovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párr. 85. *“As noted above, the ICRC Commentary to Article 87 of Additional Protocol I states that a commander is required to exercise discipline over his troops to a sufficient degree. The ICRC Commentary further states that it is because military commanders have the means for ensuring respect for the rules of the Conventions that they have the authority “and more than anyone else they can prevent breaches by creating the appropriate frame of mind, ensuring the rational use of the means of combat and by maintaining discipline”.*

²⁶⁹ Sentencia sala de primera instancia, IT-01-47, The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 15 de marzo de 2006, párr. 66. *“As emphasized in the Commentary on Additional Protocol I, the role of commanders is decisive in ensuring the proper application of the Conventions and Additional Protocol I, so that a fatal gap between the undertakings entered into by Parties to the conflict and the conduct of individuals under their orders is avoided. By virtue of the authority vested in them, commanders are qualified to exercise control over troops and the weapons they use; more than anyone else, they can prevent breaches by creating the appropriate frame of mind, ensuring the rational use of the means of combat, and by maintaining discipline”.*

²⁷⁰, *“In adopting these texts, the drafters of the Protocol justifiably considered that military commanders are not without the means for ensuring respect for the rules of the Conventions. In the first place, they are on the spot and able to exercise control over the troops and the weapons which they use. They have the authority, and more than anyone else they can prevent breaches by creating the appropriate frame of mind, ensuring the rational use of the means of combat and by maintaining discipline”.* ICRC. Commentary to the Additional Protocols, p. 1018

prevenir delitos, por la posibilidad de fijar un *estado mental apropiado* entre las tropas al mantener la disciplina²⁷¹.

Específicamente, tratándose de violencia sexual contra mujeres en el marco de conflictos armados, el análisis de los deberes de los comandantes bajo la figura de la responsabilidad de mando revela que la ausencia de sanción de este tipo de crímenes genera un clima de aquiescencia entre las tropas, el cual indefectiblemente se traduce en una mayor propensión a la comisión de los mismos.

Esta idea, como se indicó previamente, se desarrolló a lo largo del proceso contra Bemba, en el que se explicó que la omisión del comandante de sancionar incrementa el riesgo de que otros crímenes se cometan²⁷² y, al contrario, cuando se adoptan medidas disciplinarias se disminuye el *clima de aquiescencia* frente a los mismos²⁷³.

En el contexto nacional, Corte Barco también reconoce que el requisito de causalidad *as a result of*, que en principio solo podría aplicarse frente deber de prevenir, también puede predicarse respecto de los deberes de reprimir y

²⁷¹ Cfr. OLASOLO, Hector; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. Polít. crim. Vol. 13, N° 25 (enero 2018) Art. 12, pp. 452 y 453. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf]

²⁷² Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI. Confirmación de cargos. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF “Nonetheless, the Chamber notes that the failure of a superior to fulfil his duties during and after the crimes can have a causal impact on the commission of further crimes. As punishment is an inherent part of prevention of future crimes, a commander's past failure to punish crimes is likely to increase the risk that further crimes will be committed in the future”.

²⁷³ Corte Penal Internacional. Sentencia de Primera Instancia. ICC-01/05-01/08-3343 21-03-2016 Párrafo 738. https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF. “Such measures would have deterred the commission of crimes, and generally diminished, if not eliminated, the climate of acquiescence – which is inherent where troops have inadequate training, receive unclear orders, and/or observe their commanders committing or collaborating in crimes – surrounding and facilitating the crimes committed during the 2002-2003 CAR Operation. Mr. Bemba’s failures in this regard directly contributed to, inter alia, the continuation and further commission of crimes”.

castigar pues es posible que su incumplimiento “*estimule la comisión de nuevos crímenes, en cuyo caso sería posible hablar de causalidad entre la omisión del superior y estos últimos*”²⁷⁴.

En suma, para Colombia, un análisis de contexto como al que apunta la responsabilidad de mando²⁷⁵ resulta sumamente útil de cara a los delitos sexuales cometidos contra las mujeres, pues evidenciará que el incumplimiento de los deberes de prevenir, reprimir y castigar los crímenes sexuales por parte de los comandantes, tanto de las FARC-EP como de las fuerzas militares, fue determinante en la institucionalización y escalamiento de la violencia sexual, lo cual justifica que se consideren como máximos responsables de estos delitos.

4.2.5 Fortalece el cumplimiento de las funciones preventivo generales y especiales de la pena en delitos sexuales contra las mujeres y, por esta vía, refuerza la garantía de no repetición

Al igual que sucede con la ausencia de sanción de crímenes sexuales por parte de los comandantes, la ausencia de sanción de estas conductas por parte del Estado genera un ambiente propicio para la comisión de los delitos similares en mayor escala.

Al contrario, si el Estado sanciona estas conductas, especialmente a través de una figura como la responsabilidad de mando, con la que se reafirma la importancia de los deberes de los comandantes, se fijará un apropiado *frame of mind* entre las tropas y, fundamentalmente, entre los comandantes. Ello, a

²⁷⁴ COTE BARCO, Gustavo Emilio. “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, (2019).

²⁷⁵ Este análisis de contexto, además, compatible con la manera en que la JEP debe abordar el análisis de los crímenes cometidos.

la postre, redundará, a en un mayor control de éstos frente a los actos de sus subordinados, lo cual resulta fundamental de cara a la garantía de no repetición.

Ahora bien, en Colombia, la violencia sexual contra las mujeres no es exclusiva del conflicto armado. No obstante, el sistema patriarcal, jerárquico y violento alrededor del cual se han construido las relaciones de género, se ha exacerbado y reproducido de formas cada vez más inhumanas en virtud de la guerra. Ello obedece, en gran parte, a que la apropiación de los cuerpos de las mujeres, lejos de reprocharse, se ha normalizado e incluso alentado al interior de las organizaciones armadas, pero también a que el Estado no ha contrarrestado con suficiente contundencia este tipo de prácticas.

Al respecto, destaca el informe de violencia sexual en el conflicto armado del Centro Nacional de Memoria Histórica:

La violencia sexual es también fruto de aprendizajes dentro de una sociedad patriarcal que tiende a estimular en los hombres la constante exhibición pública de su poder viril, y de su capacidad de agresividad y combate frente a otros hombres. **La violencia sexual aparece en el contexto del conflicto armado como un lenguaje comunicativo que permite a algunos hombres afianzar su honor viril y el reconocimiento de su masculinidad, y a las víctimas, principalmente mujeres, afianzar su lugar de subordinación y sumisión por medio de un despliegue de poder y dominación. (...)**

La imagen culturalmente legitimada de objetualización y apropiabilidad del cuerpo femenino **es también responsabilidad del Estado y la sociedad, no solo de los actores armados, pues como se verá más adelante, otros factores como la impunidad frente a la violencia sexual, la naturalización de esta práctica y su no consideración social como “falta grave”, generan un terreno propicio para que la violencia sexual emerja con la sistematicidad y la extensión con la que ha operado en el marco del conflicto armado**²⁷⁶. (Negrilla fuera del texto original).

²⁷⁶ Cfr. Centro Nacional de Memoria Histórica. La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017. Págs. 205 y 206.

Especialmente tratándose de delitos sexuales cometidos en el marco de conflictos armados, la función principal de la sanción penal no apunta a la retribución, sino a la prevención especial y sobre todo a la prevención general. En otras palabras, en el marco de conflictos armados, la pena no es tan relevante por la posibilidad de devolver un mal (crimen) con otro mal (castigo), sino por la función comunicativa de la sanción, pues la mejor forma de evitar que los crímenes de este tipo se cometan, es que quede claro que no se admiten, sino que se reprochan y se castigan severamente.

En este sentido, el Consejo de Seguridad, en resolución reciente del 23 de abril de 2019 reconoce “que el enjuiciamiento sistemático y riguroso de los delitos de violencia sexual es fundamental para la disuasión y la prevención, como también lo es cuestionar la percepción de que la violencia sexual en los conflictos armados es un fenómeno cultural, una consecuencia inevitable de la guerra o un delito menor”²⁷⁷.

Así las cosas, el efecto comunicativo de una sanción severa tras el reconocimiento de los delitos sexuales como sumamente graves, y no como daños colaterales de la guerra, contrarresta el lenguaje comunicativo del victimario que niega las normas que prohíben la comisión de este tipo de crímenes y los normaliza.

En este contexto, la figura de la responsabilidad de mando constituye una herramienta primordial que el Estado prevenga este tipo de delitos. Por un lado, su aplicación permite reafirmar la importancia de los deberes de los comandantes (prevención positiva) y desincentivar su omisión (prevención negativa). Por otro lado, su aplicación tiene un efecto multiplicador, pues la

²⁷⁷ Resolución 2467 (2019) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 8514a sesión, celebrada el 23 de abril de 2019.

prevención operaría frente a aquellos comandantes que son objeto de juzgamiento (prevención especial), así como frente a los comandantes que tengan conocimiento de las condenas que el Estado haya proferido en contra de sus homólogos (prevención general).

Al respecto, la CPI dejó claro en la confirmación de cargos contra Bemba, que llevar a los responsables ante la justicia no solo es útil para evitar la impunidad sino para prevenir futuros crímenes. “*The Chamber considers that the duty to punish or to submit the matter to competent authorities aims at ensuring that offenders are brought to justice, in order to avoid impunity and to prevent future crimes*”²⁷⁸.

Dicho efecto, como se verá más adelante, no podría lograrse a través de otras figuras de imputación, pues las hipótesis a las que apunta la responsabilidad de mando están diseñadas para escenarios de macrocriminalidad, que no se encuentran recogidos en las categorías tradicionales de imputación o que minimizan la responsabilidad de los máximos responsables.

4.2.6 Permite sancionar a los superiores como autores

A fin de ocultar los capítulos más oscuros de su historia, en ocasiones los Estados evitan sancionar a los responsables o minimizan la relevancia de sus conductas. Como se explicó previamente, ello fue lo que impulsó a Roxin a construir la teoría de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder.

²⁷⁸ Corte Penal Internacional. Office of the Prosecutor. *Policy Paper On Case Selection And Prioritisation*. 15 September 2016. Párrafo 209. Disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.

La responsabilidad del superior, también permite responsabilizar a los superiores como autores de graves crímenes y no como autores de delitos menores o simples partícipes, lo cual resulta fundamental para garantizar los derechos de quienes sufrieron las peores consecuencias del conflicto a conocer y para la sociedad en general.

Es por ello que, como se analizará más adelante, deben rechazarse aquellas posturas que abogan por una aplicación de la figura a través de categorías dogmáticas tradicionales que minimizan o descartan la posibilidad de sancionar a los comandantes que, al omitir sus deberes, tuvieron un papel relevante en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

4.3 CONCLUSIONES DEL CUARTO CAPÍTULO

El acuerdo final y las disposiciones que lo desarrollan reconocieron la importancia de implementar el Acuerdo Final con un enfoque de género. Ello implica, entre muchos otros aspectos, que las medidas orientadas a investigar, juzgar, sancionar la violencia sexual cometida en contra de las mujeres tenga prioridad en el SVJRN.

Ahora, pese a que la persecución de los delitos cometidos en contra de las mujeres se podrá adelantar a través de múltiples categorías tradicionales de imputación, la doctrina de la responsabilidad de mando constituye una herramienta primordial frente a crímenes que involucren violencia sexual en el marco de conflictos armados, cuando menos, porque: *i)* Posibilita la sanción de los máximos responsables en ausencia de una prueba sobre su participación directa en el hecho, lo cual es frecuente en los casos de crímenes sexuales. *ii)* Permite comprender que la violencia sexual contra las mujeres involucró crímenes de guerra y de lesa humanidad y que las mujeres no se enfrentaron únicamente a un victimario, sino a potentes estructuras. *iii)* Evita

que los delitos sexuales queden impunes, pues no se orienta a perseguir a los autores materiales sino a los superiores. *iv)* Sirve para entender por qué los comandantes pueden ser considerados como máximos responsables de los crímenes sexuales cometidos por sus subalternos. *v)* Fortalece el cumplimiento de las funciones preventivo generales y especiales de la pena en delitos sexuales contra las mujeres y, por esta vía, refuerza la garantía de no repetición. *vi)* Permite sancionar a los superiores como autores de graves crímenes y no como autores de delitos menores o simples partícipes.

Sin embargo, dichos importantes objetivos podrían frustrarse por los requisitos que el ordenamiento jurídico estableció para su aplicación y por la forma en que la Corte Constitucional concibió la aplicación de la figura. Por tanto, resulta fundamental que la responsabilidad de mando se aplique de conformidad con los estándares internacionales y tomando en consideración la necesidad de armonizar la figura con los derechos de las víctimas, tal como se expuso en el capítulo anterior.

CONCLUSIONES GENERALES

Esta es entonces la aporía del mal absoluto: su naturaleza insondable ante nuestra necesidad imperativa de llegar hasta el fondo, de conocer los hechos, de condenar a los actores, de aliviar a las víctimas y de evitar en el tiempo la repetición de esos horrores. No responder al mal sería tanto como sucumbir al mismo²⁷⁹.

La dogmática penal es una herramienta al servicio de la justicia. Por tanto, las figuras que utilice en la JEP para sancionar a los máximos responsables deben permitir elaborar jurídicamente el pasado de tal forma que se sancione adecuadamente a los responsables y se garanticen los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

La responsabilidad de mando, es una herramienta fundamental para lograr este cometido, sobre todo, tratándose de delitos sexuales cometidos contra mujeres en el marco del conflicto armado. Por ello, no puede admitirse que las discusiones dogmáticas sobre la misma impidan la consecución de la justicia material o minimicen la responsabilidad de quienes, al omitir sus deberes de prevenir, reprimir y castigar, desempeñaron un papel fundamental en la comisión de los peores crímenes.

Lo que en estas líneas se propone es que la responsabilidad de mando se aplique como lo que es, una figura sui géneris, ideal para perseguir a los máximos responsables en escenarios de macrocriminalidad, que debe operar armónicamente con las categorías tradicionales de imputación, sin confundirse

²⁷⁹ GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Justicia y Mal Absoluto*. Universitat de Valencia. 2012, Pág. 57. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto consolider-ingenio 2010 «el tiempo de los derechos» (csd2008-0007) y en el proyecto Prometeo (GVProMeTeo2010-099). A Fd, 2012 (XXVIII), issn: 0518-0872

con ellas y que debe implementarse a la luz de los acuerdos a los que se ha llegado en el derecho internacional sobre su naturaleza y sus requisitos.

La importancia de utilizar esta figura al interior de la JEP y de aplicarla de forma adecuada, se comprende mejor al identificar su relevancia frente a crímenes con altos índices de impunidad, como los crímenes sexuales cometidos contra mujeres y niñas en el marco del conflicto armado. Frente a estas conductas, se demostró que la responsabilidad de mando ofrece una oportunidad privilegiada para visibilizarlos y juzgarlos apropiadamente, lo cual resulta indispensable para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación y, sobre todo, para fortalecer la garantía de no repetición, a fin de que *“de una vez por todas se termine la nefasta metáfora que les convierte en sinónimos de territorios y de objetos en disputa”*²⁸⁰.

Su aplicación, seguramente, no estará exenta de obstáculos. Sin embargo, ante la posibilidad privilegiada que ofrece esta figura para enfrentar al mal absoluto, tenemos la responsabilidad, desde la academia o la práctica judicial, de ofrecer alternativas para superar las vicisitudes que puedan obstaculizarla. *“No responder al mal sería tanto como sucumbir al mismo”*²⁸¹.

²⁸⁰ La Guerra Inscrita en el Cuerpo. Centro Nacional de memoria Histórica. Página 15.

²⁸¹ GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Justicia y Mal Absoluto. Op. Cit*

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. Selección y Priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio Comparado. Agencia GIZ. 2011

Acto Legislativo 02 de 2001.

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto de una Paz Estable y Duradera, firmado el 24 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

AMBOS, Kai. La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, Ezequiel Malarino (trad.), Ed. Duncker y Humboldt, Konrad Adenauer Stiftung y Ed. Temis, Montevideo, 2005.

AMBOS, Kai. La parte general del Derecho penal internacional. Citado por SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en Revista Derecho Penal Contemporáneo, No. 54, enero-marzo 2016.

AMBOS, Kai. Versión original publicada en W. S. Schabas (ed.), «The Cambridge Companion to International Criminal Law», CUP 2016. Traducción del inglés a cargo de Leandro A. Días, revisada por el autor. ADPCP, VOL. LXVIII, 2015. Obtenido de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-201510007900098_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_EI_caso_Eichmann.

AMBOS, Kai. Temas del Derecho Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá 2001. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán, Oscar Julián Guerrero. Jaime Córdoba Triviño. Derecho Penal Internacional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2001.

ARNOLD, Roberta. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. – Observers’ Note, Article by Article, Otto Triffterer (edt.), Second Edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, Munich, 2008,

BASSIOUNI, Cherif. Crimes against humanity. Historical Evolution and Contemporary Application. DePaul University, College of Law. Cambridge Books Online © Cambridge University Press, 2012.

BERNAL PULIDO, Carlos. La responsabilidad de mando. En *Ámbito Jurídico*. Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-del-mando>

BERNAL PULIDO, Carlos. BARBOSA CASTILLO, Gerardo y CIRO GOMEZ Andrés Rolando. *Justicia Transicional: Verdad y responsabilidad*. Colección Ejército, Institucionalidad y Sociedad. Vol. 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.

CAHEN, Daniel, “Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia debería incluir el concepto de responsabilidad penal de los superiores en su totalidad”. Disponible en <https://www.icrc.org/es/document/jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia-deberia-incluir-el-concepto-de>

Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos. Amicus Curiae. Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponible en <https://coeuropa.org.co/wp-content/uploads/2018/06/ECCHR-Amicus-Curiae-Corte-Constitucional-Responsabilidad-de-Mando.pdf>

Centro Nacional de Memoria Histórica. Informe Basta Ya. Capítulo II. Los orígenes, las dinámicas y el crecimiento del conflicto armado. 2016. Pág. 111. Disponible en: <http://www.centrodeememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>

Centro Nacional de Memoria Histórica. *La Guerra Inscrita en el Cuerpo*. Informe nacional de violencia sexual en el conflicto armado. CNMH, Bogotá. 2017.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1957 de 2019 (6, junio, 2019). Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2019. nro. 50.976

Comisión de la verdad. Enfoque de Género. Disponible en <https://comisiondelaverdad.co/en-los-territorios/enfoques/de-genero>

Comité Internacional de la Cruz Roja. El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen 1. Normas. Prólogo del Dr. Jakob Kellenberger. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf

Comité Internacional de la Cruz Roja. Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions. 1987. Ed. SANDOZ, Yves. SWINARSKI, Christophe. ZIMMERMANN, Bruno.

Comisión de Derecho Internacional. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10. Disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_51_10.pdf&lang=EFSXP.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1503 de 2003.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1534 de 2004.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Reporte del Secretario General para el Establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, del 4 de octubre de 2000. Párrafos 29 y 30. Obtenido de: <http://www.rscsl.org/Documents/Establishment/S-2000-915.pdf>.

Corporación Humanas, Corporación Sisma Mujer y Red Nacional de Mujeres. La inviolabilidad del cuerpo de las mujeres hace la paz sostenible. Edición Emma Ariza Herrera. 2016.

CORPORACIÓN SISMA MUJER. Reconocer y erradicar la violencia sexual contra las mujeres para consolidar una paz estable y duradera. Comportamiento de la violencia sexual contra mujeres y niñas en Colombia durante 2018 y 2019. Boletín No. 17. Mayo 25 de 2019. Disponible en <https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2019/07/24-05-2019-Bolet%C3%ADn-SISMA-25-de-mayo-de-2019.pdf>

Corte Constitucional. Auto 092 de 2008

Corte Constitucional. Auto 251 de 2008

Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2004

Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002

Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017

Corte Constitucional. Sentencia T-677 de 2011

Corte Constitucional. Sentencias SU-1184 de 2001

Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 septiembre de 2005. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_1_34_esp.pdf

Corte Penal Internacional. Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción especial para la Paz. Disponible en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.

Corte Penal Internacional. Office of the Prosecutor. *Policy Paper On Case Selection And Prioritisation*. 15 September 2016. Disponible en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

Corte Penal Internacional. Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI. Confirmación de cargos. No.: ICC-01/05-01/08 Date: 15 June 2009, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Disponible en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF

Corte Penal Internacional. Judgment, ICC-01/05-01/08-3343 21-03-2016 1/364 NM, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Disponible en <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>

Corte Penal Internacional. Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański. ICC-01/05-01/08-3636-Anx1-Red 08-06-2018 1/269 EC A. Disponible en https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02987.PDF

Corte Penal Internacional. Comunicado de la Fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda del 13 de junio de 2018 <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>

Corte Penal Internacional. Statement of the President of the Court in relation to the case of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180614-pres-stat>

Corte Penal Internacional. Cámara de Apelaciones. ICC-01/05-01/08-3636-Red 08-06-2018. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Disponible en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF

Corte Penal Internacional. Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional Sobre la Jurisdicción Especial Para la Paz. 18 de octubre de 2017. Disponible en <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.

COTE BARCO, Gustavo Emilio, “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, Nuevo Foro Penal, 92, 2019.

Declaración de Women’s Initiatives for Gender Justice <https://4genderjustice.org/statements/overturn-of-1st-icc-conviction-for-crimes-of-sexual-violence/>.

Estatuto de Roma.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria. La Responsabilidad del Superior Jerárquico en el Derecho Penal Español.

GARCÍA PASCUAL, Cristina. Justicia y Mal Absoluto. Universitat de Valencia. 2012, Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto consolidar-ingenio 2010 «el tiempo de los derechos» (csd2008-0007) y en el proyecto Prometeo (GVProMeTeo2010-099). aFd, 2012 (XXViii), issn: 0518-0872

Human Rights Watch, Colombia: Amicus Curiae sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Julio 17, 2017. Disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz>

Ilias Bantekas. THE CONTEMPORARY LAW OF SUPERIOR RESPONSIBILITY. Bantekas, I. (1999). The Contemporary Law of Superior Responsibility. American Journal of International Law, 93(3), 573-595. doi: 10.2307/2555261. Obtenido de: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/contemporary-law-of-superior-responsibility/47A461016A4C1E83D495F4FA2680D150>

International Federation for Human Rights. The Bemba Case: Heavily criticised, the ICC must maintain victims' legal representation as the establishment of assistance programmes for victims is awaited. Disponible en <https://www.fidh.org/en/region/Africa/central-african-republic/the-bemba-case-heavily-criticised-the-icc-must-maintain-victims-legal>

Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Amnistía e Indulto. Providencia del 25 de febrero de 2019. Radicado SAI-LC-XBM-046. Compareciente Héctor Albeidis Arboleda Buitrago.

Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Obtenido de: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

Jurisdicción Especial para la Paz. Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas. 28 de junio de 2018. <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

LLANOS SARMIENTO, Teddy. "Autoría mediata en aparatos organizados de poder, concurso de delitos y delitos sexuales en el conflicto armado". Decisiones Judiciales Lubanga (D.r. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina) Rio Negro (Guatemala). Comentarios. Compilador por ProFis.

MACKINNON, Catharine A. (1993). Crimes of war, Crimes of peace. UCLA Women's Law Journal, 4 (1). Disponible en <https://escholarship.org/content/qt5435b1mj/qt5435b1mj.pdf>

MUÑOZ CONDE, Francisco. "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado". Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional "Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales", celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre del 2012.

Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000. Obtenido de: [https://undocs.org/pdf?symbol=e s/S/RES/1315%20\(2000\)](https://undocs.org/pdf?symbol=e s/S/RES/1315%20(2000))

New Yorker en mayo de 1963. Obtenido de: <https://www.newyorker.com/magazine/1963/02/16/eichmann-in-jerusalem-i>. Una visión más extensa, se encuentra en el famoso libro de la escritora: Eichmann in Jerusalem.

Nota de Redress <https://redress.org/news/efforts-to-afford-justice-for-sexual-crimes-in-car-must-not-stop-with-bembas-acquittal/>

OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional” ^[1]Polít. crim. Vol. 13, No 25 (Julio 2018). [[http://www.politicacriminal .cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf)].

PEREZ QUINTERO, Farith. “La responsabilidad del mando en la justicia transicional. Un análisis a la luz del caso colombiano”. Trabajo de Maestría (Manuscrito), American University/Washington College of Law, 2018.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo. La responsabilidad del superior “sensu stricto” por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 10: 153-198, noviembre de 2007. Págs. 156 y 157. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82401006>

Press Release. Čelebići case: the Judgement of the Trial Chamber. Zejnil Delalic acquitted, Zdravko Mucic sentenced to 7 years in prison, Hazim Delic sentenced to 20 years in prison, Esad Landzo sentenced to 15 years in prison. Obtenido de: <http://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years>.

Resolución 2467 (2019) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 8514a sesión, celebrada el 23 de abril de 2019

REYES ALVARADO, Yesid. ¿Ideología o perspectiva de género en la justicia transicional? Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.

REYES ALVARADO, Yesid. Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018.

ROXIN, Claus. Conferencia. “El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata”. Revista de Estudios de la Justicia No. 7 Año 2006. Facultad de Derecho Universidad de Chile. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – Año 2006. Pág. 15. Disponible en <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>

ROXIN, Claus. Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, Revista Goltdammer’s Archiv 2012

SEOANE, Dalila. El caso Ntaganda y las víctimas de violencia sexual intrafilas. En *Ámbito Jurídico*. Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/el-caso-ntaganda-y-las-victimas-de>

SUÁREZ DÍAZ, Elena y VELAZCO CHÁVEZ, Ernesto. Justicia transicional verdad y responsabilidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016

SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. “Responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional y posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, No. 54, enero-marzo 2016.

SUAREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. 3ª Edición actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

Tribunal Distrital de Jerusalén. Sentencia del Caso Criminal 40/61 contra Adolf Eichmann.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia Sala de primera instancia, IT-01-47, The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura. 15 de marzo de 2006.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia Sala de Primera Instancia, IT01-48, The Prosecutor v. Halilovic. 16 de noviembre de 2005.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia de primera instancia. IT-96-21-T. Prosecutor V. Zejnir Delalic; Zdravko Mucic, also Known As “Pavo”; Hazim Delic Esad Landzo, also known as “Zenga”. 16 de noviembre de 1998. Obtenido de: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia de primera instancia. The Prosecutor V. Tihomir Blaškić. IT-95-14-T. 3 de marzo de 2000. Obtenido de: www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Sentencia de Primera Instancia. The Prosecutor V. Zlatko Aleksovski. IT-95-14/1-T. 25 de junio de 1999. Obtenido de: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Caso del Fiscal v. Anto Furundzija, decisión del 10 de diciembre de 1998.

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Prensa. 16 de noviembre de 1998. Disponible en <https://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years>

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, IT-01-47-AR72, The prosecutor v. Enver HADZIHASANOVIC, Mehmed ALAGIC and Amir KUBURA. Disponible en http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Judgment. Case No. IT-95-14/2-T. 26 February 2001. The Prosecutor v. Dario Kordić. Disponible en https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Judgment. Case No. IT-95-14-T. 3 March 2000. The Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Judgment. Cámara de Apelaciones del TPIY. IT-96-21-A. 20 de febrero de 2001. The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka “Pavo”), Hazim Delic And Esad Landžo (Aka “Zenga”). Disponible en <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Judgment, ICTR-95-1-, THE PROSECUTOR versus CLÉMENT KAYISHEMA and OBED RUZINDANA. Disponible en <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict95-1/trial-judgements/en/990521.pdf>

Tribunal Militar Internacional. Judgment. United States of America against Wilhelm List, et al., sitting at Nurenberg, Germany, on 19 February 1948. Disponible en http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf

Tribunal Militar Internacional. El caso de los médicos. United States v. Handolser and others. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/c18557/pdf/>

Tribunal Militar Internacional. Judgment. The German High Command Trial. Case 72. United States of America against Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others, Nuremberg, 19 December 1947 – 28 October 1948. Disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/a5f026/pdf/>

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Judgment. Case No.: IT-95-14/1-T Date: 25 June 1999. The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Disponible en <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>

WEIGEND, Thomas. Consideraciones sobre la responsabilidad del superior en derecho penal internacional. REYES ALVARADO, Yesid. Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018.

WERLE. Tratado de derecho penal internacional. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunión (traductores). Valencia. Tirant lo Blanch. 2005.

Womens Link Worldwide. Comunicado de Prensa. *Women's Link Worldwide presenta, ante la Jurisdicción Especial para la Paz, el primer informe que documenta violaciones a derechos reproductivos de mujeres y niñas dentro de las filas de las FARC.* Disponible en <https://www.womenslinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/women-s-link-worldwide-presenta-ante-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz-el-primer-informe-que-documenta-violaciones-a-derechos-reproductivos-de-mujeres-y-ninas-dentro-de-las-filas-de-las-farc>