

**LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO Y
SU APLICACIÓN EN LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ - JEP EN COLOMBIA**

DANIEL ABAD BENJUMEA BARBOSA

GUILLERMO MATEO MONROY GUTIÉRREZ

Trabajo de Grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal

Director disciplinar

David Andrés Murillo Cruz



Universidad Libre

Facultad de Derecho, sede Candelaria

Bogotá D.C.

2023

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

NOTA DE ACEPTACIÓN:

PRESIDENTE DEL JURADO:

JURADO:

JURADO:

Contenido

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	16
A. La Responsabilidad de mando como parámetro de imputación de responsabilidad penal en tribunales <i>ad hoc</i>	16
i. Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TPMILJ).....	17
ii. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN).....	20
iii. Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY).....	21
iv. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).....	22
v. Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL).....	22
vi. Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI).....	23
vii. Primeras codificaciones escritas de la responsabilidad de mando como resultado de la evolución jurisprudencial	24
B. Concepto y elementos definitorios de la responsabilidad de mando en la Corte Penal Internacional – CPI.....	25
i. La calidad del sujeto: relación superior – subordinado.....	33
ii. Mando y control efectivo o autoridad y control efectivo.....	34
iii. Causalidad	35
iv. Elemento subjetivo: conocimiento y deber de conocer.....	36
v. Medidas necesarias y razonables.....	38
CAPÍTULO II.....	39
A. ¿Existe la responsabilidad del mando en el ordenamiento jurídico colombiano?	39
i. Omisión propia.....	41
ii. Omisión impropia	42
iii. La Autoría mediata en aparatos organizados de poder	44
B. La problemática regulación de la responsabilidad de mando en el marco jurídico de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP y escenarios de impunidad.....	49
i. ¿Control efectivo del acto o de subalternos?	53
ii. ¿La capacidad legal excluye a los superiores de facto?.....	54
iii. ¿La delimitación del territorio influye en la responsabilidad penal del superior?.....	56
iv. Capacidad material y directa ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad penal en la cadena de mando?	57
v. Elemento subjetivo: conocimiento efectivo y razones para saber	57
C. El Alcance la responsabilidad de mando en el derecho interno.....	58

CAPÍTULO III.....	63
A. La responsabilidad internacional del Estado colombiano por la inaplicación de la responsabilidad de mando.....	63
i. Competencia de la Corte Penal Internacional.....	66
ii. Competencia de la jurisdicción universal	67
B. Jurisprudencia colombiana frente a la aplicación directa de la responsabilidad de mando ..	71
C. La responsabilidad de mando como norma de ius cogens de imperativo cumplimiento	78
D. El control de convencionalidad como herramienta de articulación de la regulación nacional de la responsabilidad de mando con la normativa internacional	85
E. Conclusión.....	89
BIBLIOGRAFÍA	91

RESUMEN:

Esta investigación aborda el estudio de la naturaleza de la responsabilidad de mando y su concepto como figura *sui generis* que permite la atribución de responsabilidad penal a los superiores militares que no adoptaron las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar, castigar o denunciar la comisión de crímenes atroces contra la humanidad de las fuerzas armadas bajo su mando y control efectivo.

Posteriormente se identifican escenarios de impunidad como consecuencia de la insuficiente regulación doméstica de la responsabilidad de mando en el marco jurídico de la Justicia Especial para la Paz – JEP, y su discrepancia con los estándares internacionales establecidos jurisprudencialmente en tribunales *ad hoc* y por normas de Derecho Internacional Penal. Finalmente se propone el uso del control de convencionalidad como una herramienta eficaz al alcance de los operadores jurídicos para alinear el derecho interno con las normas de Derecho Internacional Penal.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad de mando, impunidad, Jurisdicción Especial para la Paz – JEP, control de convencionalidad, Derecho Penal Internacional.

ABSTRACT:

This research addresses the study of the nature of command responsibility and its concept as a *sui generis* figure that allows the attribution of criminal responsibility to military superiors who did not adopt the necessary and reasonable measures at their disposal to prevent, punish or report the commission of atrocious crimes against humanity by the armed forces under their effective command and control.

Subsequently, scenarios of impunity are identified as a consequence of the insufficient domestic regulation of command responsibility in the legal framework of the Special Jurisdiction for Peace - JEP, and its discrepancy with the international standards established jurisprudentially in *ad hoc* tribunals and by norms of International Criminal Law. Finally, the use of the conventionality control is proposed as an effective tool available to legal operators to align domestic law with the norms of International Criminal Law.

KEYWORDS:

Responsibility of commanders, impunity, Special Jurisdiction for Peace (Jurisdicción Especial para la Paz – JEP), conventionality control, International Criminal Law.

TABLA DE SIGLAS

Estatuto de Roma (ER)

Corte Penal Internacional (CPI)

Fiscalía de la Corte Penal Internacional (Fiscalía de la CPI)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final)

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas (SRVR)

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Derecho Internacional Humanitario (DIH)

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY)

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TPMILJ)

Corte Especial para Sierra Leona (CESL)

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN)

Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)

Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI)

Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV)

Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del
Conflicto Armado (UBPD)

INTRODUCCIÓN

Desde la segunda mitad del siglo XX el derecho internacional ha desarrollado jurisprudencial y normativamente la teoría de imputación de responsabilidad penal conocida como responsabilidad de mando, la cual permite juzgar los máximos responsables de graves crímenes contra la humanidad como a) El crimen de genocidio, b) Los crímenes de lesa humanidad, c) Los crímenes de guerra o d) El crimen de agresión.

La teoría de la responsabilidad de mando es considerada un estándar mínimo aceptado a nivel internacional al momento de juzgar a los superiores de fuerzas armadas estatales o civiles que no prevengan, castiguen o denuncien los crímenes que suceden bajo su mando o autoridad respectivamente. Teoría que hoy se encuentra recogida en el artículo 28 del Estatuto de Roma (E.R.) adoptado en la ciudad de Roma, Italia el 17 de julio de 1998, y mediante el cual, se dio vida a la Corte Penal Internacional (CPI).

El Estatuto de Roma fue aprobado en el derecho interno colombiano por medio de la ley 742 del 5 de junio de 2002, la cual fue objeto de control de constitucionalidad mediante sentencia C-578 del 30 de julio de 2002 de la Corte Constitucional y finalmente fue el ratificado el 05 de agosto de 2002 por el Presidente Andrés Pastrana Arango.

La competencia de la CPI sobre los crímenes del Estatuto de Roma cometidos en territorio colombiano o por sus nacionales, empezó a regir a partir del 1° de noviembre de 2002, y sobre los crímenes de guerra desde el 1° de noviembre de 2009 de acuerdo con la declaración de reserva realizada por Colombia conforme el artículo 124 del Estatuto de Roma (Fiscalía de la CPI, 2016).

Si bien el estatuto hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, en la legislación penal ordinaria no se ha implementado la figura de la responsabilidad de mando. La Corte Suprema de Justicia ha manejado la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos mediante la interpretación de otras figuras de imputación como la comisión por omisión o la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

La responsabilidad de mando aparece por primera vez en Colombia en el marco del proceso de justicia transicional creado para la terminación del conflicto entre las FARC-EP y el Estado colombiano, mediante la suscripción del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) del 24 de noviembre de 2016, garantizando el componente de justicia a través del aparato judicial denominado Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Mediante la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2017 se introdujo en el ordenamiento jurídico nacional la figura de la responsabilidad de mando para los superiores militares o civiles en crímenes cometidos con anterioridad al 1 de diciembre de 2016 que sean competencia de la JEP. Sin embargo, la responsabilidad de mando allí regulada no tiene el mismo alcance que la establecida en el E.R. quedando por ejemplo, las conductas omisivas imprudentes del superior militar e incluso los superiores militares de facto sin investigar ni sancionar.

Estos espacios de impunidad afectan gravemente el derecho a la reparación integral de las víctimas, que entre otros aspectos, se ha entendido que este lo compone también el derecho a la justicia, lo que implica la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los autores de graves crímenes contra la humanidad.

La Corte IDH a establecido a nivel internacional que el derecho de acceso a la justicia constituye una norma imperativa del derecho internacional, específicamente en casos de graves violaciones de derechos humanos, lo que implica que se trata de una norma de *ius cogens* (Corte IDH, 2007b). Cuando nos referimos al derecho a la justicia abordamos diversos aspectos, incluyendo el acceso a recursos judiciales eficaces y apropiados, la realización de investigaciones adecuadas llevadas a cabo de manera imparcial, rigurosa y oportuna, así como la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los acontecimientos que motivan la investigación (Rincón, 2010).

La investigación penal debe ser llevada a cabo con seriedad, imparcialidad y efectividad, con el propósito de determinar la verdad y proceder a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los responsables de los hechos. Esta obligación persiste independientemente del agente al que se pueda atribuir la violación, incluyendo a particulares, ya que si sus acciones no son investigadas de manera rigurosa, podrían ser de alguna manera respaldadas por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado. Además, la debida diligencia requiere que el órgano encargado de la investigación realice todas las actuaciones y averiguaciones necesarias para alcanzar el resultado buscado, de lo contrario, la investigación no cumple con los términos establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2013).

La obligación de investigar no solo se limita a la persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los actos que motivan la investigación, sino que también implica que los Estados, a través de su derecho interno, deben establecer los procedimientos necesarios para llevar a cabo estas acciones. Esto no solo se basa en las normas convencionales de Derecho Internacional que son obligatorias para los Estados Parte, sino que también se fundamenta en la

legislación interna que establece el deber de investigar de oficio ciertos comportamientos ilícitos, así como en las normas que permiten a las víctimas o a sus familiares presentar denuncias o querellas, con el objetivo de participar de manera procesal en la investigación penal con el propósito de esclarecer los hechos (Corte IDH, 2009).

La impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y deja a las víctimas y a sus familiares completamente desamparados, por el contrario, si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo, cumpliendo así con su obligación general de investigar y sancionar (Corte IDH, 2004).

En este sentido, la Corte Constitucional ha enfatizado que la JEP tiene como objetivos el proteger y satisfacer los derechos de las víctimas, incluido el derecho a la justicia; proporcionar verdad a la sociedad colombiana; contribuir a la consecución de una paz estable y duradera; y tomar decisiones que garanticen plena seguridad jurídica a aquellos que participaron, ya sea directa o indirectamente, en el conflicto armado interno. Esto es especialmente relevante en relación con los actos cometidos en el contexto del conflicto, los cuales implican graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y serias violaciones de los derechos humanos (Corte Constitucional, 2018).

Se destaca la importancia de la sanción de crímenes atroces cometidos por los superiores militares, pues recientemente en el año 2022 la JEP abrió el Caso 08 denominado “crímenes cometidos por miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado, o en asociación con grupos paramilitares, o terceros civiles, por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano” (JEP, 2022).

En este macro caso las cifras aproximadas de la investigación indican que hay 15.710 víctimas de hechos cometidos por miembros de la fuerza pública, y otros 280 por otros agentes del Estado. Dentro de los cuales, los principales crímenes atribuidos son 8.345 casos de homicidios; 2.904 casos de desplazamiento forzado; 1.638 casos de amenazas; 1.249 casos de tortura y 1.136 casos de desaparición forzada, donde más del 51% de los hechos se concentraron principalmente entre el 2000 y 2009 (JEP, 2022).

En este sentido Human Rights Watch ha considera que en los casos de los *falsos positivos* no se puede negar la responsabilidad de mando de los superiores, teniendo en cuenta que las evidencias sustanciales indican este tipo de aspectos no fueron obra de unas *manzanas podridas*, sino que fueron cometidos por la gran mayoría de las brigadas en distintas regiones de Colombia a lo largo de varios años, cuan mayor es la cantidad de asesinatos más parecen responder a un patrón sistemático de ataques, y menor es la probabilidad de que los superiores no supieran sobre ellos, el modus operandi en cada caso de *falsos positivos* involucró que los comandantes de unidades tácticas y brigadas debieran realizar una serie de acciones, como emitir órdenes de operaciones y otros documentos oficiales para autorizar las supuestas operaciones, todos los *falsos positivos* fueron informados oficialmente a comandantes de unidades tácticas, brigadas y divisiones como muertes en combate, y las circunstancias frecuentemente poco verosímiles de los incidentes informados sugieren que estos deberían haber detectado irregularidades (Human Rights Watch, 2016).

La sala de indagaciones preliminares de la Corte Penal Internacional presentó en noviembre de 2016 los cinco casos potenciales que involucraban divisiones del Ejército y brigadas móviles partícipes de diferentes episodios de ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2010, resaltando que las condenas e investigaciones recaían principalmente sobre miembros de rango medios y bajos

del ejército, de allí que sea relevante la indagación a coroneles y generales en la medida en que representa un avance en términos de justicia desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, advirtiendo que si la JEP no toma en cuenta las consideraciones de responsabilidad de mando en las indagaciones de los altos mandos militares, estos serán juzgados de acuerdo con el derecho internacional (Rodríguez, 2020), estos casos se relacionaron así:

- Caso potencial 1 (La Guajira-Cesar): Primera División del Ejército y Décima Brigada, implicadas supuestamente en 146 ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2008.
- Caso potencial 2 (Norte de Santander y Magdalena): Segunda División del Ejército, Brigada Móvil 15 y Brigada 30, supuestamente implicadas en 123 casos de “falsos positivos” entre 2003 y 2009.
- Caso potencial 3 (Meta, Casanare y Vichada): Cuarta División del Ejército y las brigadas 7, 16 y 28, supuestamente implicadas en 163 casos de ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2008.
- Caso potencial 4 (Huila): Quinta División del Ejército y Novena Brigada, supuestamente implicadas en 119 casos de “falsos positivos” entre 2002 y 2008.
- Caso potencial 5 (Antioquia y Córdoba): Séptima División del Ejército y las brigadas 4, 11 y 14, supuestamente implicadas en 677 ejecuciones extrajudiciales entre el 2002 y el 2008 (CPI, 2020).

En razón a lo anterior, la presente investigación plantea la hipótesis según la cual, el control de convencionalidad permite asimilar el estándar internacional de la responsabilidad de mando en la jurisdicción especial para la JEP garantizando los derechos de las víctimas a ser reparadas integralmente, a la justicia, verdad y garantías de no repetición.

Por lo que, el objetivo principal consiste en establecer si el control de convencionalidad permite asimilar la responsabilidad de mando para los superiores de las fuerzas militares regulada en el marco jurídico para la JEP con los estándares de justicia establecidos en el ER y el Derecho Internacional Humanitario.

Para ello se propone como objetivo de contextualización explicar la evolución de la responsabilidad de mando desde el derecho internacional y sus elementos definitorios, así como su cristalización en el ER y la CPI. Como objetivo de conceptualización se abordará el estudio del concepto de la responsabilidad de mando definida en el marco jurídico de la JEP, su correspondencia con los lineamientos del derecho internacional humanitario y los escenarios de impunidad generados. Por último, como objetivo de corroboración, se establecerán diferentes opciones jurídicas que permitan alinear el derecho interno con los postulados mínimos establecidos de justicia en los graves crímenes cometidos por los superiores militares, haciendo especial atención en el control de convencionalidad.

CAPÍTULO I

A. La Responsabilidad de mando como parámetro de imputación de responsabilidad penal en tribunales *ad hoc*

La responsabilidad de mando es una teoría de imputación cuya finalidad es determinar cuándo un jefe militar es responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados, incluso si este no ordenó dichos actos o participó en ellos, fundamentando su responsabilidad penal generalmente en un acto omisivo del superior, quien pudiendo haber evitado la comisión de los crímenes, no lo hizo o se abstuvo de prevenir o sancionar a los responsables (Uprimny, 2017).

Este tipo de responsabilidad tiene su origen en el derecho internacional y uno de los primeros antecedentes lo encontramos en la Convención IV de la Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907 (Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1907), allí se señaló que los países beligerantes eran responsables de los actos cometidos por las fuerzas armadas bajo su mando, sentando la idea de una responsabilidad atribuida al ente superior (en este caso el Estado) respecto de los actos de sus subordinados (Amaya, 2021).

Sin embargo, este primer vestigio se encontraba aún muy alejado de la responsabilidad penal individual, visto que esta teoría solo era aplicable en el Derecho Público Internacional respecto de las relaciones internacionales aplicable a los Estados (Baquero, 2013), donde el modelo de responsabilidad por el hecho de otro es aceptada, contrario a lo que sucede en el derecho penal individual, que guiado por el principio de responsabilidad personal sólo permite hacer responsable a una persona de sus propios actos (Cuerda, 2009).

El salto de esta teoría a la responsabilidad personal, propia del Derecho Penal no sería tan claro, para el año 1921 al final de la Primera Guerra Mundial la *Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones*, planteó la necesidad de juzgar y sancionar no sólo a los superiores que habían participado directamente en la comisión de los crímenes, sino también a aquellos que, teniendo el conocimiento de la comisión por parte de sus subordinados, se abstuvieron de tomar todas las medidas necesarias para impedir o sancionar su comisión (Comisión Colombiana de Juristas, 2012).

La primera condena bajo esta nueva política fue la del jefe militar Emil Müller, quien el 30 de mayo de 1921 fue hallado culpable por el Tribunal Alemán por las lesiones que uno de sus subalternos le causó a un prisionero de guerra, al no haber hecho nada para evitarlo o sancionarlo, sin embargo, se critica este primer hito de la responsabilidad de mando en la medida que no se desarrollaron los fundamentos bajo los cuales un superior es responsable por los actos de otro, en especial de sus subordinados, por el contrario, se dejaron grandes interrogantes como cuál era el acto u actos omitidos, que de haberse realizado no generarían culpabilidad o el grado de conocimiento y voluntad que debía tener el superior para hallarlo responsable (German War Trials, 1921).

Solo sería hasta al término de la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento de los primeros tribunales internacionales *ad hoc*, en la que se desarrollaron las bases teóricas de la responsabilidad de mando (Flores, 2006).

i. Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TPMILJ)

La aparición de esta figura la vemos nuevamente al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando por orden del General estadounidense MacArthur, el 15 de agosto de 1945 se creó el Tribunal Militar para el Lejano Oriente que se encargó de juzgar los principales responsables del

ejército japonés, también conocidos como los Juicios de Tokio (Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, 1946), que terminaron el 12 de noviembre de 1948 con 26 personas condenadas y 2 absueltas (Castillo & Salinas, 2007).

Uno de los casos más representativos puestos a su conocimiento, fue el de Tomoyuki Yamashita General del ejército japonés, cuyo juicio inicio el 29 de octubre y terminó el 7 de diciembre de 1946 siendo condenado por no haber tomado las medidas a su alcance para evitar que soldados bajo su mando torturaran cerca de 700.000 civiles en la ciudad de Manila (Ambos, 1999).

El Tribunal Militar para el Lejano Oriente abordó el estudio de la conducta que genera la responsabilidad de mando desde un plano objetivo y subjetivo (Ambos, 1999), el primero frente al deber de los superiores de estar informados de los actos de sus subordinados, además de ejercer un control efectivo respecto de sus tropas para evitar que estos se comentan o continúen cometiendo crímenes (The United Nations War Crimes Commission, 1948). Esta posición fue reiterada por la Corte Suprema de los Estados Unidos que conoció del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Yamashita, en la que se expuso que el derecho de la guerra impone el deber al superior militar, de tomar las medidas apropiadas que estén a su alcance para controlar las tropas bajo su mando y así evitar la comisión de crímenes (Supreme Court of the United States, 1945).

Es decir, el superior militar debe exteriorizar un comportamiento activo hacia la evitación de la comisión de crímenes, la idoneidad de dichos actos obedece a un análisis *ex ante*, considerando las situaciones concretas de su posición y las medidas que tenía a su alcance. Respecto del aspecto subjetivo, el superior tiene el deber de conocer *-should have know-* los actos de sus subordinados, de manera que el desconocimiento de su comisión no tiene la capacidad de

excluir su responsabilidad, visto que una ignorancia absoluta genera riesgos penales y por lo tanto su correlativa responsabilidad (Ambos, 1999).

Esta fórmula de imputación fue utilizada en otras sentencias del Tribunal Militar del Lejano Oriente, como lo fue la condena de Shigemitsu, que en su calidad civil como Ministro de Relaciones Exteriores del Japón, fue hallado responsable por los crímenes cometidos por las fuerzas armadas japonesas visto que no hizo nada para evitar que estos se siguieran cometiendo, su defensa argumentó que no se tenía claridad sobre la comisión de estos crímenes, sin embargo, se le reprochó no haberlas investigado para obtener una información clara o en última instancia, dimitir de su cargo (Ambos, 1999).

Otro de estos casos fue el juicio contra Toyoda, allí se señaló que los superiores militares eran responsables tanto si conocían de la comisión de los crímenes o no conociéndolos, pudieron haberlos conocido mediante una diligencia razonable (Ortega, 2020), el Tribunal expresó puntualmente que “(...) *dado el gran número de delitos cometidos ningún hombre razonable podría haber concluido algo diferente de que el acusado debió haber sabido de la comisión de los delitos o de que se cometían rutinariamente lo cual era entendido y reconocido*” (Kiss, 2018).

El Tribunal Militar del Lejano Oriente, reconoce que el jefe militar o civil de una organización tiene el deber de controlar las fuerzas bajo su mando, con el fin de evitar que estas cometan crímenes, de manera que, si en el plano subjetivo, el superior sabía o debía saber de la comisión de dichos crímenes o que éstos se planeaban cometer, y en el plano objetivo, a causa de una falta de control del jefe militar por no tomar las medidas razonables a su alcance para evitar que éstos se cometieran o se continuaran cometiendo, es posible la atribución de responsabilidad penal al superior jerárquico (Torres, La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana, 2018).

ii. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN)

Esta teoría de imputación siguió su desarrollo con la firma del Acuerdo de Londres por parte de Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética el 8 de agosto de 1945, mediante el cual se creó el Tribunal Militar de Nuremberg para juzgar a los principales criminales del Régimen Nazi (Ambos, 1999).

Dentro de estos precedentes judiciales, se encuentra el juicio de Wilhelm List y Otros o también conocido como el *caso de los rehenes*, allí se juzgó el asesinato de miles de civiles en la ocupación a Grecia, Yugoslavia, Albania y Noruega por parte del Régimen Nazi, donde se reiteró la existencia del deber de control de los superiores sobre las fuerzas armadas para que estas no cometan crímenes (The United Nations War Crimes Commission, 1949).

En este caso, el Tribunal Militar de Nuremberg se refirió a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Tokio en el Caso Yamashita frente al elemento subjetivo, señalando que el superior militar debe tener un mínimo de información que le señale la posible comisión de crímenes por parte de sus fuerzas armadas (*had reason to know*), y no, como lo señaló el Tribunal de Tokio, un deber de saber (*should have know*), lo que en el *caso de los rehenes* se logró comprobar a través de la existencia de informes que daban cuenta de los hechos criminales cometidos por las fuerzas armadas (The United Nations War Crimes Commission, 1949).

Postura que sostuvo frente a otros casos como el de *Pohl y otros* donde se juzgó a Tschentscher, comandante de la columna de suministro alemán en Polonia y Ucrania, a quien se le acusó del asesinato y exterminio de miles de judíos ocurridos bajo su mando, sin embargo, el Tribunal Militar de Nuremberg decidió absolverlo debido a que el superior no contó con elementos que le permitieran conocer los hechos criminales de sus subordinados.

Sin embargo, frente al elemento objetivo el Tribunal Militar de Nuremberg aplicó la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Tokio en el Caso Yamashita, reconociendo que las leyes de la guerra imponen al superior militar un deber afirmativo de tomar las medidas a su alcance y apropiadas a las circunstancias para controlar a quienes estén bajo su mando para evitar la comisión de crímenes de guerra (US Military Tribunal Nuremberg, 1947).

Es de anotar que el nacimiento de la responsabilidad de mando es eminentemente jurisprudencial, ya que ni el Acuerdo de Londres que fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigieron los Juicios de Núremberg ni el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, señalaron expresamente esta figura como una forma de imputación penal para los superiores militares (Comisión Colombiana de Juristas, 2012).

iii. Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY)

Para el año 1993 con la creación del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TIPY), en su estatuto se consagró de forma taxativa la teoría de responsabilidad de mando en su artículo 7, numeral tercero, reiterando lo señalado en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra tanto sus aspectos objetivos como subjetivos (Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, 1993).

En el caso contra Zejnil Delalic y otros, este Tribunal concluyó que en la responsabilidad además de comprobar más allá de toda duda razonable que el subordinado es penalmente responsable, se debe verificar i) la existencia de una relación superior-subordinado; ii) el conocimiento del superior, si sabía o tenía motivos para saber que los crímenes se planeaban cometer o se habían cometido, y iii) que el superior no haya tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir el hecho delictivo o sancionar a su autor (Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, 1998).

El mismo Tribunal, en la sentencia el caso Blaskic, el Tribunal señaló que la responsabilidad de mando se guía por los siguientes elementos, i) el mando depende de las capacidades materiales al momento de los hechos y no de un nombramiento formal, ii) dicha capacidad de mando también recae en civiles, iii) el deber de prevenir y sancionar son concomitantes, faltar a cualquiera de estos implica un juicio de responsabilidad, iv) se proscribía la presunción del conocimiento (*should have know*) desarrollado en el caso Yamashita, y se reemplaza por el haber tenido razones para conocer (*had reasons to know*) y el conocimiento efectivo de la comisión de los crímenes (Ambos, 1999).

iv. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda - TPIR, el cual continuó con los elementos sentados en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, es decir, sostuvo que el superior militar o civil podrá ser penalmente responsable si hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase que sus subordinados estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos, además de no tomar las medidas necesarias a su alcance para impedir su consumación o continuación (Cote, 2019).

v. Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)

El Tribunal Especial para Sierra Leona, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante la resolución 1315 del 14 de agosto de 2002, continuó con el desarrollo conceptual de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda (Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, 2002), en su Estatuto, en el artículo 6, numeral 3 se estableció la fórmula *-knew or had reason to know-* respecto de la planeación o comisión de crímenes contra la humanidad por parte de sus subordinados y nuevamente frente al elemento objetivo de la conducta se sostuvo que este

se configura cuando el superior falló al tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar tales actos (Castillo & Salinas, 2007).

El Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya para el procesamiento de los responsables de los crímenes cometidos en Kampuchea Democrática firmado el 06 de junio de 2003, estableció en su estatuto esta misma fórmula en el artículo 29.3. afirmando que, siempre que el superior tuviera el mando efectivo y control o autoridad, y control respecto de sus subordinados (Castillo & Salinas, 2007).

vi. Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI)

El Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí (antes Tribunal Especial para Irak) se estableció tras la invasión liderada por Estados Unidos en 2003, su objetivo era juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante el régimen de Saddam Husein, especialmente los que violaban las normas internacionales humanitarias y los derechos humanos. El ATPI se basaba en el derecho internacional y en el derecho iraquí, pero también contaba con la participación de jueces y fiscales estadounidenses. El ATPI condenó a muerte a varios líderes baasistas, como Sadam Husein, Barzan Ibrahim al-Tikriti, Awad Hamed al-Bandar y Ali Hassan al-Majid. También condenó a cadena perpetua a otros, como Abid Hamid Mahmud y Hussein Rashid al-Tikriti.

en el año 2003 replicó esta fórmula, al señalar que si el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado cometió o planeaba cometer un crimen contra la humanidad, y éste no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido o para castigar a los responsables, incurriría en responsabilidad penal al tenor del artículo 15 de dicho estatuto (Castillo & Salinas, 2007).

vii. Primeras codificaciones escritas de la responsabilidad de mando como resultado de la evolución jurisprudencial

La responsabilidad de mando no tuvo una estipulación taxativa o escrita como forma de imputación a los superiores militares, sino hasta el año 1977 con la promulgación del **Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra** en su artículo 86, numeral segundo, en el que se señaló que los crímenes cometidos por un subordinado no puede eximir de responsabilidad penal o disciplinaria a sus superiores, siempre que estos conocieran o tuvieran razones para conocer de los crímenes y no hubieran adoptado las medidas necesarias a su alcance para impedirlos o sancionarlos (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1977).

En su artículo 87 del Protocolo, señaló que el superior militar tiene el deber de tomar todas las medidas factibles a su alcance para impedir la comisión de violaciones de los Protocolos adicionales y los Convenios de Ginebra, reprimir la comisión de éstos, y denunciar dichas infracciones al Derecho Internacional Humanitario (Cote, 2019).

Posteriormente, la responsabilidad de mando se establecería en la norma 153 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, donde se señala que los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, dicho comité llegó a esta conclusión con base en su aplicación práctica en los Tribunales *ad hoc* (Olasolo & Canosa, 2018).

En esta misma línea se ubica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al reconocer que, en la investigación y juzgamiento de crímenes en el contexto de la guerra, se debe atender los elementos de la responsabilidad de mando de acuerdo con la regulación que de la misma realiza el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Humanitario (Olasolo & Canosa, 2018).

B. Concepto y elementos definatorios de la responsabilidad de mando en la Corte Penal Internacional – CPI

Después de este largo proceso, desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, pasando por los diferentes Tribunales Penales *ad hoc*, la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) fue el resultado del acuerdo mayoritario de la comunidad internacional en la 52^o sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas, y el momento culminante para la determinación del estándar de lo que se entiende por Responsabilidad de Mando en el plano internacional, según lo consagrado en el Estatuto de Roma (ER) creado el 17 de junio de 1988 y en vigencia a partir del 1^o de julio de 2002 (Medellin, 2009).

La aplicación de la Responsabilidad del Mando por parte de la Corte Penal Internacional se evidenció en el caso de Jean-Pierre Bemba Gombo, presidente del *Mouvement de libération du Congo* y al mismo tiempo comándate del ala armado del *Armée de libération du Congo* (ALC) (CPI, 2009), fue investigado, por ser aparentemente responsable de crímenes de lesa humanidad, y otros crímenes de guerra ejecutados por la (MLC) en operaciones ejecutadas entre 26 de octubre de 2002 y hasta el 15 de marzo de 2003; movimiento en el que ejercía control efectivo de las tropas como lo señala Betanzos (2021). Ya, el:

(...) 21 de marzo de 2016 la Sala de Primera Instancia III de la CPI condenó a Bemba con base en los crímenes cometidos entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2002 en la Republica Centro Africana (CAR) por tropas del *Mouvement de liberation du Congo* (MLC). Los cargos cubrieron los crímenes de asesinato, como crimen de lesa humanidad - art- 7 (a) ECPI- y de guerra -8 (2) (c) (i) ECPI-, violación, también como crimen de lesa humanidad -art. 7 (1) (g) ECPI – y de guerra -8 (2) (g) (iv) ECPI-, y saqueo, en cuanto

crimen de guerra -art 8 (2) (g) (v) ECPI-. Estos cargos fueron imputados con fundamento en el art. 28 (a) ECPI, es decir debido a la posición de superior militar de Bemba, puesto que, durante el periodo relevante, este era presidente del MLC y comandante en jefe de su brazo armado, el *Armée de liberation du Congo* (ALC) (Cote Barco, 2019, p193-194).

De los aspectos para tener en cuenta por ejemplo en la decisión por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares II de confirmación de cargos dentro *del sub examine* proceso seguido contra Bemba, es que desde el punto de vista probatorio quien pretender acusar, debe:

- (a) el sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal;
- (b) el sospechoso debe tener un mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto;
- (c) los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas;
- (d) el sospechoso conocía, o debido a las circunstancias vigentes al momento, hubiere debido saber, que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o más delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto; y
- (e) el sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. (CPI, 2009).

La Sala de Cuestiones Preliminares II hace algunas precisiones sobre estos requisitos, frente al primero se reconoce que puede ser una o varias personas quienes ocupen el rango de superior militar, respecto del *mando y control efectivo* señala que la primera hace énfasis a la relación de jerarquía entre el superior y los subordinados quienes cometen el crimen, por otro lado, la segunda expresión, hace referencia específicamente a la capacidad material de prevenir o reprimir los crímenes, el tercer elemento hace referencia a una relación de causalidad cuando el delito aún no se ha cometido, es decir, frente al deber de prevenir, visto que respecto de los deberes de sancionar o denunciar, el delito ya se ha materializado.

En lo concerniente al cuarto elemento que hace referencia a la subjetividad del sujeto, la Sala desde lo preceptuado en el artículo 28 del Estatuto de Roma reconoce que se admite dos estándares en donde el primero, como conocimiento efectivo de que sus subordinados cometieron crímenes de relevancia para el DIH, o el incumplimiento negligente de conocer esta circunstancia, situaciones que requieren de un rol activo por parte del superior como quiera que lo exhorta a tener el conocimiento sobre sus tropas e indagar, dejando de importar si la información al momento estaba disponible o no.

Finalmente, frente al último elemento, la Sala de manera concreta se refiere al tipo de omisiones que deben presentarse para que se hable de responsabilidad penal de superiores, debiéndose probar uno de los tres elementos mencionado en el artículo 28 (a) del ER, es decir prevenir, reprimir o poner en conocimiento el asunto ante las autoridades competentes, de forma concurrente o individual, visto que el incumplimiento de cada uno de ellos da lugar a responsabilidad de manera independiente.

Es importante mencionar que, frente a este estándar la Sala hizo una especial mención respecto de la medidas necesarias y razonables, cuya no implementación se reprocha al superior,

solo se puede pensar en responsabilidad penal en la medida en que el superior dejó de optar por las medidas a las que materialmente podía acudir, teniendo relación directa con el grado de control efectivo.

No obstante, a la decisión de primera instancia plasmada en Sentencia de fecha 08 de junio de 2018 la Sala de Apelaciones de la CPI decidió absolverlo de todos los cargos argumentando que la Sala de Primera Instancia III no logró establecer a partir de los elementos probatorios aportados, si Bemba dejó de tomar todas las medidas necesarias y razonables para evitar o reprimir los crímenes dentro de su alcance, y que fueron cometidos por la (MLC) (Prosecutor v. JeanPierre Bemba Gombo, 2018).

Advirtió a su vez, un error en la emisión de la condena como quiera que al acusado no se le podía atribuir responsabilidad penal con base en generalidades que Bemba pudo haber hecho, sino que era necesario señalar con claridad cuáles fueron las medidas dejadas de tomar por el superior militar, es decir, para establecer si un superior militar tomo o no las medidas necesarias y razonables, es transcendental tener en cuenta los medios que el superior tenía a su disposición realmente, por lo que para Cote (2019) la razonabilidad de las medidas no se deben tomar en abstracto sino en análisis de la realidad operacional.

Para entender mejor lo anterior, sobre la necesidad y razonabilidad de las medidas tomadas es pertinente traer lo mencionado por Werle (2021), pues dichas medidas deben entenderse desde la óptica del derecho internacional humanitario, como quiera que son aquellas que se presentan como apropiadas desde un punto objetivo *ex ante*, ya sea para evitar la ejecución del crimen por quien se subordina, o para instaurar la acción penal, estas deben demostrar convincentemente que el superior previno, sancionó o denunció la comisión del delito, por lo que dichas medidas se entienden razonables entendiendo que se encuentran dentro del ámbito de actuación del mismo.

A partir de esta breve descripción del origen y evolución de la responsabilidad de mando, entendemos que esta es una figura de imputación de responsabilidad penal dirigida a los máximos responsables de crímenes atroces contra la humanidad, cuyo origen se sitúa en el ámbito internacional a través de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en especial en el marco de conflictos armados internacionales y no internacionales.

La Responsabilidad de Mando señalada por la Corte Penal Internacional (CPI) señalada en el artículo 28 del Estatuto de esta misma corporación, es un tipo de responsabilidad penal *sui generis*, independiente de las contenidas en el artículo 25 del Estatuto, y como se dijo, su aplicación no se reduce al plano militar, sino que puede ser aplicada a cualquier estructura de mando organizada que genere una afectación al Derecho Internacional Humanitario (Díaz, 2018). Recordemos que siempre que se habla de este tipo de responsabilidad, se parte del principio que toda fuerza militar debe tener un mando responsable de sus subordinados (Torres, La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana, 2018).

Mediante esta teoría de imputación se atribuye la responsabilidad penal a quien detenta una posición de mando en una relación de subordinación, por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados, valga la pena señalar que, ésta no es una responsabilidad vicarial en la que se responde por un hecho ajeno, sino por el contrario, parte de la autorresponsabilidad de una conducta omisiva, es decir, el incumplimiento de deberes específicos, que se encuentran en cabeza de los superiores jerárquicos (Cote, 2019).

Estos deberes específicos surgen, como hemos señalado, de las obligaciones que le ha atribuido el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional Humanitario a todos los superiores civiles y militares, de adoptar las medidas necesarias y razonables a su disposición para prevenir, reprimir y denunciar los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados,

atendiendo al control efectivo que se tenga sobre los mismos y las capacidades materiales del momento (Olasolo & Canosa, 2018).

Estas obligaciones jurídicas son autónomas e independientes, de forma que, el incumplimiento o cumplimiento parcial de cualquiera de éstas, tiene la capacidad de generar responsabilidad penal sobre el superior, esto significa, por ejemplo, que el cumplimiento en la implementación afectiva de programas de prevención, capacitaciones y elementos de control, no tendrá la capacidad de eximir de responsabilidad si no se reprimió o denunció las conductas de sus subordinados (Olasolo & Canosa, 2018).

Este tipo imputación permite que la responsabilidad penal se extienda verticalmente en la cadena de mando, hasta los superiores de mayor rango que generalmente no se encuentran presentes en la escena de crimen, siempre y cuando detenten una capacidad material para prevenir, reprimir o denunciar (Olasolo & Canosa, 2018).

De allí que sea necesaria la verificación de una relación superior-subordinado entre el jefe civil o militar y quienes son directamente responsables por la comisión de crímenes internacionales, para identificar esta relación, es suficiente con especificar el grupo al que pertenecían los subordinados al momento de los hechos y el mando del superior sobre dicho grupo, adicional, no es necesario que los subordinados sean autores materiales, autores mediatos o coautores, basta con que se pruebe su culpabilidad bajo cualquiera de las formas de responsabilidad previstas en el artículo 25 del Estatuto de Roma (Olasolo & Canosa, 2018).

La responsabilidad penal del superior señalada en el artículo 28 se puede subdividir a su vez en dos tipos, la primera, la señalada en el literal “A” refiere a la responsabilidad del superior militar, mientras que la segunda señalada en el literal “B”, refiere a la responsabilidad del superior

en relaciones distintas a las militares (Cote, 2019), la diferencia más característica de estos dos tipos reside en la exigencia del elemento subjetivo, mientras que en la primera se requiere del superior un conocimiento efectivo o el deber de conocer, la segunda solo se exige el conocimiento efectivo (Díaz, 2018). Sin embargo, valga la pena señalar que la presente investigación se centrará en el primero de estos tipos de responsabilidad.

El estándar *hubiere debido saber o tener razones para saber* hace referencia al hecho que el superior disponga de información que indique la posibilidad que se cometan o se están cometiendo crímenes, señalando la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar las circunstancias concretas de los mismos, estándar similar al establecido en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (Mateus, 2010).

A diferencia de los tribunales ad hoc estudiados, el Estatuto de Roma incluyó elementos objetivos en la responsabilidad del superior militar como el “mando y control efectivo” y “autoridad y control efectivo”, los cuales no se encontraban en las definiciones anteriores, también, agregó la formula “en razón de” (as a result of), a partir de la cual, como se verá más adelante, se sostiene que debe existir una relación de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados frente a la obligación de prevenir, desde el plano subjetivo, se estableció como estándar mínimo el haber debido saber (should have known), el cual contrasta con la expresión “had reason to know” incluida en los estatutos de los tribunales ad hoc (Cote, 2019).

Hay que señalar que la competencia de esta Corte la Penal Internacional se guía por los principios de complementariedad y cooperación, aquel bajo el respeto del derecho doméstico, pues de acuerdo a lo regulado en el artículo 17 del Estatuto de Roma, la CPI solo podrá investigar crímenes de relevancia internacional cuando los Estados partes no quieran o no pueden hacerlo (Medellin, 2009).

Esta relación entre el derecho interno e internacional se rige por el principio de cooperación, donde se parte de la necesidad de propender mecanismos que permitan que los Estados y la CPI puedan facilitar el cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros mediante acuerdos de cooperación y asistencia jurídica mutua entre jurisdicciones nacionales (Escobar, 2021, p. 28). Adicional, para que la CPI tenga competencia para investigar y sancionar hechos relacionado con la comisión de crímenes internacionales, como lo son el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, se deberán atender las reglas en razón de la persona (artículos 1, 24 y 26 del ER), en razón del tiempo en que estos ocurrieron (artículos 11, 12, 13 y 124 del ER), y en razón de la materia o competencia material (artículo 5 del ER).

Descendiendo conceptualmente al detalle de los elementos de la responsabilidad de mando, pretendemos centrar lo que esta investigación ha ubicado como el estado actual de esta forma de imputación a partir de su origen y evolución, para luego comparar sus elementos con lo que se presenta en la legislación de la Jurisdicción Especial para la Paz que regula esta misma materia y así determinar si existen vacíos normativos que generen espacios de impunidad.

Como lo han señalado autores como Olasolo (2018) la responsabilidad del mando requiere de la satisfacción principalmente de dos elementos objetivos, siendo (a) el que exista una relación superior-subordinado; (b) la omisión de su obligación de acoger todas las medidas razonables y necesarias para prevenir, reprimir, o someter a la autoridad, y por último el elemento subjetivo el cual se encuadra (c) como el conocimiento que tenía o debiera haber tenido el superior de la comisión de los crímenes.

Frente al primer elemento, es decir que exista una relación superior-subordinado es importante destacar que el punto central dentro de esa relación es el control efectivo, que en los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* se han clasificado como de *iure* o de *facto*, es decir,

aquello que están investidos legalmente de autoridad y capacidad de emitir ordenes (*iure*), y por otro quienes no ostentan dicha calidad legales pero, emiten órdenes y las hacen cumplir (*facto*), en ambos casos, recae sobre estos los deberes y responsabilidad que establece la posición de mando (Rúgeles, 2010).

Por otro lado, el estándar respecto de no acoger todas las medidas razonables y necesarias para prevenir, reprimir, o someter a la autoridad, hay dos aspectos por destacar: i) al superior únicamente puede exigírsele acudir a las medidas que estén a su alcance y que puedan físicamente cumplir bajo un análisis *ex ante*, al momento de los hechos. Ahora bien, si el superior llegará a tener conocimiento real o hubiere debido conocer de los posibles crímenes que se van a cometer o que se han cometido, y no toma las medidas (de acuerdo con las circunstancias) necesarias y razonables, será responsable aun cuando este acuda a medidas posteriores como sancionar o denunciar, es decir, los deberes de los superiores son independientes (Rúgeles, 2010).

Díaz Martínez señala que frente a este tipo de responsabilidad se debe revisar al menos cinco elementos específicos, a) la calidad del sujeto, que este sea un superior militar o que actúe efectivamente como tal, b) que este superior detente un mando o control efectivo sobre los subordinados que cometieron los delitos previstos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma, c) que la comisión de dicho crímenes sean resultado de una falta de control del superior, d) que el superior conocía o debía conocer de la comisión de los crímenes o que estos se planeaban cometer, y e) que el superior dejó de tomar las medidas necesarias y razonables para evitar, reprimir o denunciar los crímenes cometidos (Díaz, 2018).

i. La calidad del sujeto: relación superior – subordinado

Este primer elemento logra cumplirse de dos formas, la primera son aquellos superiores que han sido designados formal o legalmente como jefes militares de una determinada fuerza

armada, frente a la cual pueden desempeñar una función de mando, independiente del rango o nivel (Díaz, 2018); en segundo lugar, están los jefes militares, que sin haber sido designados formalmente bajo tales calidades, materialmente tienen la capacidad de emitir ordenes, hacer seguimiento sobre su cumplimiento y exigir su ejecución (Olasolo & Canosa, 2018).

Estas características, también las vemos reflejadas en los tribunales *ad hoc* que dieron uso a esta figura, como lo fue el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TPIR) o la Corte Especial para Sierra Leona (CESL), donde de forma unánime se aceptó que la responsabilidad del superior se extiende también a quienes se encuentren de jure o de facto en la posición de superiores (Olasolo & Canosa, 2018).

ii. Mando y control efectivo o autoridad y control efectivo

El Mando y control efectivo o autoridad y control efectivo no suponen distintos grados de control, su diferencia radica en la fuente de los mismos, mientras en el primero surge por un nombramiento formal, el segundo se genera por la efectiva capacidad de autoridad sobre las fuerzas aun cuando no ha sido designado como tal (Cote, 2019).

Teniendo claro lo anterior, el control efectivo refiere a la capacidad material del superior al momento de los hechos para prevenir, reprimir o denunciar la comisión de los crímenes cometidos por sus subordinados, elementos que también se encontraron en el TPIY, el TPIR y la CESL, allí se sostuvo que la prevención de los crímenes se encuentra relacionada con el control operativo de las fuerzas, en la emisión de órdenes y su efectivo cumplimiento, por otro lado, la sanción o represión está ligada a la facultad del superior de iniciar investigaciones, suspender a los sospechosos de sus cargos y eventualmente imponer sanciones, recordemos que estas capacidades pueden estar atribuidas al superior de forma legal o de facto (Olasolo & Canosa, 2018).

Una situación muy común que se puede presentar respecto del control efectivo es que este no necesariamente lo detenta una única persona, sino que puede estar en cabeza de un ente colegiado o una multiplicidad de personas, en estos casos, dichos superiores pueden resultar penalmente responsables si no se ejerció en cuanto estaba en poder para cumplir con sus obligaciones (Olasolo & Canosa, 2018).

Esta responsabilidad podría incluso extenderse a los demás miembros de la cadena de mando, hasta llegar al Jefe de Estado y a su Ministro de Defensa, o al jefe del grupo armado organizado de que se trate, según las condiciones materiales de cada caso, visto que la posición jerárquica no es suficiente para atribuir el resultado dañoso, es necesario además, que el superior haya tenido la posibilidad real de ejercer el mando sobre los perpetradores directos de los crímenes (Cote, 2019). Es decir, el aspecto objetivo – *actus reus* – es la relación jurídica de iure o de facto entre el superior y el subordinado, así como, la relación de mando y control efectivo o autoridad y control efectivo (Torres, La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana, 2018).

iii. Causalidad

En principio, la exigencia una relación de causalidad, es decir, que el resultado dañoso dependa de una falta de control del superior, solo se presenta respecto del deber del superior de evitar o prevenir que los subordinados cometan crímenes, lo que no sucede frente a sus deberes de reprimir y denunciar, donde el crimen efectivamente se ha cometido y de los cuales se hace inocuo solicitar un nexo causal, sin embargo, se puede llegar a considerar que la falta de sanción o denuncia puede promover o estimular que los mismos se repitan, en cuyo caso sería posible hablar de causalidad entre la omisión del superior y éstos últimos (Cote, 2019).

Debido a que la omisión del superior no tiene la entidad física suficiente de causar un determinado resultado en el mundo fenomenológico, no se puede analizar este nexo causal desde la perspectiva anglosajona *but for o Conditio Sine Qua Non*, según la cual, si se elimina omisión, el resultado no se genera, o bajo la teoría romano-germanica de la equivalencia de las condiciones, donde tienen el mismo valor todas las causas que hayan concurrido a la producción del daño y sin las cuales este no hubiese acaecido (Olasolo & Canosa, 2018). Efectivamente, el análisis en este tipo de casos corresponde a la teoría del incremento del riesgo permitido, es decir, si la omisión del superior comporta una infracción a sus deberes y esta, ha incrementado la probabilidad de producción del resultado dañoso (Cote, 2019).

iv. Elemento subjetivo: conocimiento y deber de conocer

Contrario a la regulación de los elementos objetivos, la tendencia respecto del conocimiento exigido del superior para declarar su responsabilidad ha sido hacerla menos estricta, pasando de la formula del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de *-poseer información-*, es decir, un conocimiento efectivo de la comisión de los crímenes, a una fórmula más laxa, permitiendo incluso aceptar la negligencia como estar mínimo frente a los superiores militares como lo es el deber de conocer *-hubiera debido saber-*, además, del efectivo conocimiento de los mismos, lo que constituye el nexo subjetivo entre los crímenes y la omisión del superior (Cote, 2019).

El conocimiento del superior no se puede presumir, por el solo hecho de ocupar un rango o posición de mando, lo que conllevaría a un tipo de responsabilidad objetiva, por el contrario, este debe ser verificado o por lo menos inferido a través evidencia circunstancial, partiendo de hechos ciertos y comprobados, como lo puede ser, por ejemplo, el número de crímenes cometidos, el periodo de tiempo en el cual se cometieron, la cantidad y tipo de fuerzas involucradas, los medios

de comunicación disponibles, el modus operandi, el lugar de ocurrencia de los crímenes o el lugar en que estaba ubicado el superior en ese momento, los cuales son solo algunos de los elementos que pueden llevar a concluir que efectivamente el superior tenía conocimiento de los hechos o que éste debía conocerlos (Cote, 2019).

La Corte Penal Internacional ha entendido que el estándar *-hubiera debido saber-* es un tipo de imprudencia simple, por lo que los superiores militares incurren en responsabilidad penal si no se desempeñan con la diligencia esperada de un superior militar razonable en similares circunstancias, para ello se debe medir, i) las acciones desplegadas para obtener y valorar la información sobre el propósito de las fuerzas de cometer crímenes internacionales o que efectivamente los cometieron (imprudencia en tomar conocimiento de la situación que activa la obligación de intervención), (ii) la valoración diligente de las medidas a su disposición que sean necesarias y razonables para prevenir, reprimir denunciar ante las autoridades competentes los crímenes cometidos por sus subordinados (imprudencia en la apreciación del alcance del poder de intervención), y (iii) la efectiva aplicación de las medidas a su alcance elegidas (Olasolo & Canosa, 2018).

En este mismo sentido, se ha sostenido que la ignorancia absoluta de los superiores militares constituye un riesgo jurídico no permitido, visto que dicha ignorancia genera mayores riesgos penales, por el contrario, el superior tiene el deber activo de tomar las medidas necesarias para conocer las actuaciones de sus subordinados, ya sea, a partir de la información general que indicara la posible comisión de crímenes –sin que este sea un requisito indispensable– o si dicha información sugería la necesidad de adelantar investigaciones que comprobaran los hechos, sin embargo, independiente de la disponibilidad de la información en el momento de la consumación

de los crímenes, subsiste el deber del superior de buscar la información acerca de las actuaciones de sus subordinados (Cote, 2019).

Es decir, que frente al elemento subjetivo - *mens rea* – se sanciona al superior que hubiere sabido o en relación con las circunstancias del momento debiese saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo un crimen o se proponían a cometerlo, el superior responde penalmente por tener conocimiento directo o por no inferir lo que estaba pasando (Torres, La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana, 2018).

v. Medidas necesarias y razonables

Finalmente, las medidas necesarias y razonables dependerán de cada caso en concreto, a partir de lo que materialmente era posible para cada superior, lo cual se puede determinar a partir del grado de control sobre las tropas, de allí que los deberes de prevenir, reprimir y denuncias sean relativos y no se puedan definir de forma general y abstracta (Cote, 2019).

La Corte Penal Internacional siguió los parámetros fijados por los tribunales *ad hoc*, en el entendido que las medidas necesarias son aquellas apropiadas o adecuadas para cumplir con los deberes de prevenir, sancionar o denunciar, mientras que las razonables son aquellas que se encontraban como posibles materialmente al momento de los hechos y eran proporcionales con el bien jurídico protegido, por lo que el superior no debe entonces haber tomado todas y cada una de las medidas imaginables o factibles a su alcance (Cote, 2019).

Lo anterior tiene sentido en la medida que no se le puede obligar al superior a realizar lo imposible, sino solo lo que se encuentre dentro de sus posibilidad y capacidad material de ejecución, con independencia si este se encuentra autorizado formal o legalmente para ello, sin embargo, se reitera, las medidas necesarias y razonables se determinaran probatoriamente en cada

caso. De manera que, a pesar de que el superior adopte las medidas necesarias y razonables que le son exigidas, los subordinados cometan los crímenes o éstos queden impunes, sería suficiente para eximir de responsabilidad penal al superior (Olasolo & Canosa, 2018).

CAPÍTULO II

A. ¿Existe la responsabilidad del mando en el ordenamiento jurídico colombiano?

Como hemos visto, la teoría de la responsabilidad de mando tiene su origen en la jurisprudencia de tribunales internacionales *ad hoc* y normativamente esta se encuentra consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, que regula la competencia y funcionamiento de la Corte Penal Internacional, sin embargo, las normas internacionales generalmente no pueden ser aplicadas directamente por los Estados, es necesario que estos integren dichos mandatos de criminalización sean a través de su legislación interna y atendiendo a las características propias de sus sistemas penales (Cote, 2019), por lo cual, haremos un análisis de las figuras de imputación nacionales y si alguna se compadece con los elementos de la responsabilidad de mando.

Si bien el Estado colombiano reconoció la jurisdicción de la Corte Penal Internacional mediante el Acto Legislativo 02 de 2001 y la Ley 742 de junio de 2002, no se incluyó en el sistema penal ordinario la teoría de responsabilidad de mando, a pesar de que este fue modernizado por el Acto Legislativo 03 de 2002, pasando de un sistema penal escritural y de textura mixta, al vigente Sistema Penal Oral de tendencia Acusatoria, promoviéndose así la promulgación de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal y la Ley 599 de 2002, Código Penal, actuales marcos normativos en materia penal ordinaria donde no consagro este tipo de responsabilidad.

Un primer aproximamiento en el ordenamiento jurídico colombiano es el Código Disciplinario Militar expedido mediante la ley 1862 de 2017, donde se reconoció la responsabilidad de los superiores militares por los crímenes de Derecho Internacional Humanitario cometidos por fuerzas bajo su mando o control efectivo (Ley 1862 de 2017, 2017). Aunque esta consagración se asemeja a lo normado en el Estatuto de Roma, su aplicación es exclusiva para el ámbito disciplinario, haciéndose imposible su extensión o aplicación analógica a procesos penales en atención al principio de legalidad (Díaz, 2018).

Por lo anterior, la jurisprudencia colombiana ha tenido que recurrir a otras figuras de imputación en materia penal en los procesos ordinarios, como la autoría mediata en aparatos organizados de poder o la comisión por omisión en situaciones donde los hechos se asimilan más a la teoría de responsabilidad del superior, o simplemente ha declarado no punibles dichos actos criminales al no tener una norma que fundamente su aplicación a pesar de estar sancionados por el Derecho Internacional Humanitario, aspectos que se trataran en el presente capítulo (Díaz, 2018).

Debido a la naturaleza eminentemente omisiva de la responsabilidad de mando, frente a los deberes de prevenir, sancionar y denunciar los crímenes cometidos por sus subordinados, en apariencia podría equipararse con las figuras omisivas que trae el Código Penal en su artículo 25, entendiendo que frente a este primer deber, sería posible la aplicación de la teoría de omisión impropia y por ende la configuración de una posición de garante, respecto de los deberes de sancionar y denunciar, se asimila a la omisión propia, al ya no depender del resultado final, sino de la infracción de un específico deber de actuar, en este caso, sancionar y denunciar (Lozano, 2019).

i. Omisión propia

La teoría de imputación de omisión propia impone al sujeto activo un deber específico de actuar que se encuentra señalado en el respectivo tipo penal, no se exige la comprobación de un resultado dañoso, ya que la mera infracción del deber justifica la sanción penal (Islas de González Mariscal, 2011).

Ejemplos de este tipo de imputación son los delitos de abuso de autoridad por omisión de denuncia, la omisión de socorro, la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, la omisión de medidas de protección a la población civil o la omisión de denuncia de particular (artículos 417, 131, 152, 161 y 441 del Código Penal colombiano respectivamente).

En estos tipos penales la literalidad del mismo exige una determinada conducta, independiente del resultado final, por lo que, para la concreción de esta responsabilidad basta con verificar al menos tres elementos, i) la situación típica generadora del deber, ii) no realización de la acción mandada, y iii) estar en condiciones materiales de ejecutar la acción mandada (Islas de González Mariscal, 2011).

Una de las primeras dificultades que presenta esta teoría frente a la responsabilidad del superior, es la diferencia en penas y responsabilidades de los delitos, pues en el Estatuto de Roma se castiga al superior por el crimen cometido por el subordinado, en la omisión propia el superior responde únicamente por el tipo penal autónomo imputado por su conducta omisiva, lo cual implica que el reproche del Estado es menor (Ortega, 2020).

Adicional, las conductas de omisión impropias generalmente son tipificadas de forma dolosa, de manera que las acciones que a título de culpa haya realizado el superior, quedarían generalmente excluidas de sanción penal, al no existir por ejemplo la omisión de socorro o de

denuncia bajo la modalidad culposa, generando un espacio de impunidad al cual no puede llegar este tipo de responsabilidad.

ii. Omisión impropia

Por otro lado, frente a la omisión impropia, la cual, a diferencia de la omisión propia, el tipo penal no exige determinada conducta activa por parte del sujeto, lo que se le exige este, en calidad de garante del bien jurídico de protección, es que no se produzca el resultado dañoso, es decir, que no se consuma el respectivo delito, caso en el cual, se considera autor de la conducta cometida, así este no tenga el dominio del hecho (Terrafni, 1997).

Esta forma de imputación hace uso de la llamada cláusula de equivalencia, la cual considera que la omisión tiene la misma potencialidad que la acción para concretar un resultado típico, es decir, no impedir un resultado que se tiene la obligación y la posibilidad de evitar, equivale a producirlo, de allí que se hable de la comisión por omisión (Islas de González Mariscal, 2011). Frente a estos escenarios, solo se podrá considerar autor (por omisión) a aquel que, por la relación con el bien jurídico de protección, goce de una posición de garante (Aráuz, 2000).

La posición de garante se puede generar por diversas causas, i) por el ordenamiento jurídico que establece especiales deberes de prevención frente a un determinado ámbito de la realidad social, ii) por los deberes adquiridos voluntaria o contractualmente, y iii) por la creación o control de una fuente de riesgo (Zaffaroni, 2002).

En estos casos, el garante es siempre autor del delito que se tenía el deber de evitar, al margen de cuál sea la fuente de la posición de garante o si se tenía o no el dominio del hecho, solo no será autor del delito, cuando el tipo penal exija cierta calidad especial que no posee el omitente

o cuando el tipo en concreto no puede ser realizado mediante una omisión, en estos casos hablamos de participación (Portilla, 2017).

Sin embargo, la responsabilidad de comisión por omisión solo podría alegarse frente a los deberes de prevenir que impone la responsabilidad del superior, visto que tiene que existir una relación, al menos jurídica entre la omisión y el injusto, frente a los deberes de sancionar y denunciar, el omitente a lo sumo y en casos especiales, responderá por complicidad por omisión cuando exista un acuerdo previo, situaciones que no responden a la naturaleza de la responsabilidad de mando (Ortega, 2020).

Frente a los superiores militares de la Fuerza Pública en el caso colombiano, se destaca lo ocurrido con el General Uscátegui en la masacre de Mapiripán en 1997, donde la Corte Constitucional determinó que si bien este no tenía una posición de mando sobre el batallón que no impidió dicha masacre, si tenía el deber de informar al superior encargado para que tomara las acciones pertinentes, considerándose, además, que sobre los superiores militares recae una posición de garante, lo que exige la toma de las medidas necesarias para evitar que se vulneren derechos fundamentales, lo que conlleva a que se le impute el resultado lesivo del inferior y no el solo incumplimiento de un deber específico según las categorías de la omisión propia (Díaz, 2018).

En este mismo sentido se ha decantado la Corte Suprema de Justicia, donde se ha considerado que los deberes de los superiores militares de prevenir la comisión de crímenes por parte de sus subordinado, se rige bajo los estándares de omisión impropia o comisión por omisión, en el cual el resultado producido le es imputable al superior en la medida que este es garante en razón a su competencia institucional, haciéndolo responsable del delito que se ha consumado, ya sea doloso o culposo, siempre que esta última modalidad se consagre en el respectivo tipo penal (Cote, 2019).

Por lo que, si el crimen cometido por un subordinado se debe a la falta del deber de prevención por parte del superior militar de forma culposa, su responsabilidad penal dependerá de que dicho crimen este consagrado bajo la modalidad culposa o de lo contrario, será impune, esta situación es especialmente problemática frente a delitos como el acceso carnal violento en persona protegida, toma de rehenes, tortura en persona protegida que bajo ciertos elementos contextuales pueden ser considerado delitos de lesa humanidad, ya que estos solo están consagrados bajo la modalidad dolosa y no culposa, de manera que, hacer uso de esta teoría de imputación conllevaría, en la mayoría de los casos a la impunidad por conductas culposas de los superiores militares (Lozano, 2019), en especial frente a los delitos sexuales y graves atentados contra la humanidad de los cuales no existen modalidades culposa (Ortega, 2020).

De igual forma para la posible aplicación de la omisión propia como el deber de denuncia, visto que este tipo de delitos bajo el ordenamiento jurídico interno solo son punibles en cuanto dolosos, visto que no consagran una modalidad culposa de los mismos.

Por el contrario, en el derecho internacional, bajo la teoría de la responsabilidad de mando, el incumplimiento de cualquiera de los tres deberes del superior, prevenir, sancionar y denunciar los crímenes cometidos por sus subordinados, conlleva la responsabilidad a título de autor del delito, sin importar si este actuó dolosa o culposamente (Cote, 2019).

Hay que reconocer que, aunque la figura de la responsabilidad de mando no excluye los comportamientos dolosos, su aplicación es eminentemente culposa, ya que no busca sancionar al superior que hubiera conocido y querido que se cometieran los crímenes por parte de sus subordinados (dolo), sino que este, no actuó con suficiente diligencia frente a su tropa (culpa).

iii. La Autoría mediata en aparatos organizados de poder

El Código Penal colombiano en el artículo 29 reconoce la responsabilidad de autores y partícipes, dentro de los primeros, se ubica la figura del autor mediato, del cual es pertinente referirnos previo al análisis de los aparatos organizados de poder. El autor mediato es aquel que domina el hecho mediante la instrumentalización de un tercero a través de la fuerza, el error o abusando de la condición de inimputable del otro, para que ejecute una determinada conducta punible (López, 2015).

Esta teoría no tiene aplicación en los delitos imprudentes o culposos, visto que no existe un dominio del hecho o en los delitos de propia mano, de igual forma, también se afirma que la voluntad del instrumento es anulada, por lo que no actúa culpablemente (Zaffaroni, 2002). Valga la pena diferenciar al autor mediato del determinador, en primera medida porque este no es autor, sino participe en la conducta, debido a que la voluntad del sujeto que lleva a cabo la acción no es anulada y no tiene el dominio del hecho, lo que realiza el determinador efectivamente es hacer nacer la idea delictual en el ejecutor, quien la hace propia y materializa su propio deseo criminal (López, 2015).

Posterior a estas bases teóricas se propuso que la autoría mediata no solo se realiza mediante el error o la coacción, sino también, a través de estructuras organizadas de poder, donde el sujeto de atrás tiene a su disposición una estructura de miembros fungibles, que a pesar de que estos no dominan el hecho debido a su fungibilidad, tienen el conocimiento y voluntad de ejecutar directamente el acto criminal, equiparando la responsabilidad del autor directo y el sujeto de atrás como autor mediato (Roxin, 2000).

El fundamento normativo de esta teoría se ha ubicado en el artículo 29 del Código Penal que establece la autoría mediata, sin embargo, se le critica que la naturaleza del *instrumento* impide

que este sea considerado responsable, prefiriéndose la aplicación de la coautoría cualquiera que fuera la ubicación del sujeto en la organización.

Sin embargo, la aplicación de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder se ha aceptado bajo un discurso aparentemente político, en el entendido que castigar al instrumento fungible y al autor mediato, con una misma pena, equiparando el reproche de sus conductas, obedece a un mensaje de prevención general como forma de lucha contra la impunidad, demostrando que la sanción penal llega a todos los niveles incluyendo a los líderes de las organizaciones criminales (Vásquez, 2012).

La teoría de la responsabilidad de mando y la autoría mediata en aparatos organizados de poder se vieron enfrentadas en los tribunales colombianos bajo el marco normativo del proceso de paz “Justicia y Paz” consagrado en la Ley 975 de 2005, el cual buscaba la reincorporación de miembros de grupos armados paramilitares a la sociedad civil mediante procesos especiales de judicialización y aporte de verdad.

En este contexto, el Magistrado Ponente Eduardo Castellanos Ros de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en auto radicado 1215 del 5 de diciembre de 2011, aprobó la aceptación de cargos del jefe paramilitar José Gregorio Mangones Lugo, comandante de uno de los frentes del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), por crímenes de Derecho Internacional Humanitario bajo la figura de la responsabilidad de mando (Tribunal Superior de Bogotá, 2011).

Lo anterior, en argumentación del Tribunal, debido a que no se podía dar aplicación a la coautoría o autoría mediata para determinar la responsabilidad del superior militar, ya que entre el jefe paramilitar y sus subordinados no existió un plan común, ni este realizó algún aporte esencial

o existió división de tareas, descartándose los elementos de la *Coautoría*, de igual forma frente a la *Autoría Mediata*, ya que el superior no tenía el dominio del hecho y los subordinados actuaron de forma deliberada, con dolo, por lo que calificarlos como instrumentos requeriría su irresponsabilidad (Tribunal Superior de Bogotá, 2011).

Por lo que el Tribunal en aplicación del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, parte del derecho consuetudinario y aplicable en virtud del bloque de constitucionalidad, legalizó los cargos aceptados por el jefe paramilitar José Gregorio Mangones Lugo bajo la figura de imputación de responsabilidad de mando, debido a que encontró acreditados los siguientes elementos: i) la existencia de una relación de subordinación; ii) el conocimiento del superior o que este tenía razones para saber que el acto criminal iba a ser cometido o había sido cometido; y iii) la omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor por su comisión (Tribunal Superior de Bogotá, 2011).

Consideramos acertada la decisión del Tribunal, visto que teóricamente frente a los hechos así planteados, la *Responsabilidad de mando* tiene la capacidad de definir responsabilidades penales de forma clara, donde otras formas de imputación solo generan impunidades, ya sea porque no existe un plan común entre superior y subordinado (Coautoría), o porque el superior no ejerce un dominio del hecho directo sobre el crimen (Autoría Mediata), lo que castiga este tipo de responsabilidad, es que el superior no ha prevenido, sancionado o denunciado los hechos debiendo hacerlo.

Este deber jurídico al nacer del Derecho Internacional Humanitario y por no encontrar asidero legal en el ordenamiento jurídico colombiano, fue desechado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de apelación, allí no solo afirmó que efectivamente existió una orden por parte del superior u otros superiores que llevó a que los subordinados cometieran

los crímenes, sino que estableció que la aplicación viable era la figura de la *Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, señalando que de antaño se ha reconocido que para la determinación de responsabilidades de los superiores en el marco de conflictos armados, es a través de la Autoría Mediata, ya que estos efectivamente controlan el hecho con motivo a la influencia que ejercen sobre la organización (Corte Suprema de Justicia, 2012).

A partir de esta decisión, las Salas de Justicia del Tribunal de Justicia y Paz dieron continuidad a la postura de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que se presentaran casos donde la responsabilidad por autoría mediata no se ajustara completamente en los que no está claro que el superior tenga el dominio del hecho sobre los crímenes cometidos por sus subordinados (Olasolo & Canosa, 2018).

Por otro lado, equiparar la Responsabilidad del superior a la Autoría mediata en aparatos organizados de poder, desnaturaliza su alcance, visto que no solo se exige desde plano objetivo un control efectivo sobre sus tropas del cual nace la relación de subordinación, sino también un control efectivo sobre el acto criminal del subordinado generando autorías, adicional, desde el plano subjetivo, no es suficiente la omisión del superior (siendo esta impune), sino que se requiere el acto doloso para la comisión activa de los crímenes (Olasolo & Canosa, 2018).

Recuérdese que la teoría de la responsabilidad de superior es subsidiaria, se acude a esta cuando se ha descartado la posibilidad de que el superior hubiera tenido el control de la conducta cometida por el subalterno, caso en el cual, se imputará algún tipo de responsabilidad directa (Ortega, 2020).

Uno de los casos de impunidad, donde no se pudo acreditar los elementos de la coautoría y autoría mediata en aparatos organizados de poder, fue en el juicio en contra del coronel del

Ejército Luis Alfonso Plazas Vega adelantado por la Corte Suprema de Justicia, por la tortura y desaparición de las personas que salieron con vida de la toma del Palacio de Justicia por parte del movimiento guerrillero M-19 entre el 6 y 7 de noviembre de 1985.

No se pudo demostrar que existiera un plan común con sus subordinados o que este dominara el acto criminal directamente, por el contrario, el coronel no impartió ninguna orden encaminada a la desaparición de personas civiles que aparentemente eran colaboradores del grupo subversivo, sin embargo, si se logró comprobar la improvisación y la desorganización de la respuesta militar (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Por lo tanto, la responsabilidad de mando al ser una forma de imputación autónoma hace imposible su aplicación a través de figuras de imputación tradicionales consagradas en el Código Penal colombiano, verlo de otra manera, conduciría necesariamente a comprometer los deberes del estado de investigar, juzgar y sancionar este tipo de crímenes, lo que generaría una dificultad en el juzgamiento frente a los máximos responsables e incluso la configuración de la impunidad de sus conductas (Ortega, 2020).

B. La problemática regulación de la responsabilidad de mando en el marco jurídico de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP y escenarios de impunidad

Como se ha visto, la responsabilidad de mando no solo constituye un mandato de penalización para los Estados, sino que es en sí misma, una figura de imputación independiente, con características propias, a la que se acude cuando no existe evidencia suficiente para atribuir la responsabilidad penal por medio de otras categorías de imputación directa (autoría, autoría mediata, complicidad, comisión por omisión u omisión propia) (Olasolo & Canosa, 2018).

El concepto de *justicia transicional* abarca una gran cantidad de procesos que las sociedades emplean para enfrentar el legado de los abusos a los derechos humanos del pasado, y lograr un proceso de rendición de cuentas, justicia y reconciliación, para cumplir estos objetivos, la justicia transicional habitualmente recurre a cuatro medidas: juicios penales, mecanismos para el establecimiento de la verdad, programas de reparaciones y garantías de no repetición (Stewart, 2018).

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado entre las FARC-EP y el Estado colombiano en el año 2016 adoptó estas cuatro medidas así como otras medidas, en el marco de un único sistema de justicia transicional mediante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), junto con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado (UBPD) (Colombia y las FARC-EP, 2016).

La justicia transicional no es un tipo especial de justicia, sino simplemente un enfoque para obtener justicia en un período de transición de un conflicto armado, por ejemplo, o una condición de opresión estatal, y el mandato de la CPI se relaciona con el componente de justicia penal del SIVJRNR, en el que el Acuerdo Final incluyó por primera vez la responsabilidad de mando en el derecho doméstico en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como componente de justicia transicional (Olasolo & Canosa, 2018).

En la negociación del Acuerdo Final las inquietudes acerca de cómo se manejaría el tema de la responsabilidad de los superiores militares parecían estar superadas y cumplir con los estándares internacionales, sin embargo, se realizaron cambios de último momento, en especial la

eliminación de un párrafo del Acuerdo Final justo un día antes de su firma en Bogotá, en el que se especificaba 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 indica el artículo 28 del Estatuto de Roma” (Delegaciones del Gobierno Nacional y de las FARC-EP, 2016)

Para que en su lugar se estableciera 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 (Delegaciones del Gobierno Nacional y de las FARC-EP, 2016), que como hemos visto, a pesar de pequeñas variaciones, su desarrollo dogmático en el Derecho Penal Internacional ha sido uniforme coincidiendo con lo señalado en el Estatuto de Roma.

Al parecer, esta modificación al acuerdo final se hizo debido a una carta enviada por la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (Acore) con fecha del 20 de noviembre de 2016, dirigida al presidente de la República, en dicha carta se exigía los máximos beneficios con plenas garantías de seguridad jurídica, dentro de un tratamiento especial y diferenciado a miembros de la Fuerza Pública, acogidos por la Jurisdicción Espacial para la Paz, en especial señalando que la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por actos de sus subordinados debía fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta y no en el control efectivo de la tropa que cometió el delito tal como lo sugiere el derecho internacional (Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares - Acore, 2016).

Con la eliminación de este párrafo, lo pactado en El Acuerdo se alejó de la normativa internacional y dio espacio para que crímenes cometidos en el contexto de la guerra, sin ser parte de esta, queden en la impunidad, de allí que Vivanco considerara decepcionante que el Gobierno nacional sucumbirá ante las presiones de impunidad para los comandantes del Ejército que temen rendir cuentas por su rol en los más de 3.000 casos de falsos positivos (El Tiempo, 2016).

El Acuerdo Final señala que los superiores militares serán juzgados con base en las normas de Derecho Internacional Humanitario – DIH, en especial el artículo 28 del Estatuto de Roma y la valoración de las reglas operacionales, así como que, la responsabilidad de mando obedece al control efectivo de la conducta, en el conocimiento basado en la información que estaba a su disposición y los medios materiales a su alcance para prevenir o iniciar las investigaciones pertinentes.

Posteriormente, el Acto Legislativo 01 de 2017 en su artículo 24 (Para superiores de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-EP se estableció el artículo 67 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019) replicó lo señalado en el Acuerdo Final y definió los siguientes requisitos a partir de los cuales se puede afirmar la existencia de un mando y control efectivo sobre la conducta o actos de sus subordinados: i) Que el crimen se realice dentro del área de responsabilidad asignada según el nivel correspondiente y relación con actividades bajo su responsabilidad, ii) Capacidad legal y material de emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir, iii) Capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometió el crimen, conforme al nivel de mando correspondiente, iv) Capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta de sus subordinados, y v) Con un conocimiento actual o actualizable de su comisión.

Sin embargo, dichos elementos no se compadecen con lo regulado en el artículo 28 del Estatuto de Roma, ni con la evolución de la jurisprudencia internacional, creando un sistema más estricto y restringido frente a los superiores militares, abriendo la posibilidad a escenarios de impunidad y de inseguridad jurídica para aquellos quienes se someten a este tipo de justicia especial, como lo son los miembros de la fuerza pública, existiendo la posibilidad que estos casos puedan ser asumidos por la CPI (Lozano, 2019).

i. ¿Control efectivo del acto o de subalternos?

Uno de los primeros reparos que se puede realizar sobre esta regulación normativa es la referencia a la responsabilidad de los superiores según el control efectivo de la respectiva *conducta* o *acto*, lo que podría dar a entender erróneamente, que nos encontramos frente a una especie de participación en el crimen bajo un dominio del hecho al tener un control sobre este, que de aceptarlo, no hablaríamos de una infracción a los deberes del superior de reprimir, sancionar o denunciar, sino que se estaría haciendo referencia a supuestos de perpetración activa, los cuales darían lugar a autoría simple, coautoría o autoría mediata (Ortega, 2020).

Bajo un análisis de dogmático del control efectivo del acto consagrado en el marco jurídico de la JEP nos traslada al derecho penal de acto, según el cual solo se castiga las acciones externalizadas del sujeto que ha deseado, querido y realizado (Gómez, 2004). Lo que aplicado a la teoría de la responsabilidad de mando, nos refiere a la capacidad del superior militar de ejercer influencia directa sobre la comisión de un acto delictivo, lo que implicaría que el individuo tiene un papel activo en la planificación, ejecución o instigación del delito, basando la responsabilidad en la participación directa en el acto criminal, ya sea por acción o por omisión.

Por otro lado, el control efectivo de subalternos, exigido por la normativa internacional se relaciona con la capacidad del superior de dirigir, supervisar o controlar a otros individuos autónomamente deciden cometer el acto delictivo. En este caso, la responsabilidad penal se deriva del hecho de tener autoridad o mando sobre personas que llevaron a cabo el acto, incluso si el individuo no participó directamente en la comisión del delito.

Por lo que, la responsabilidad penal puede basarse en la falta de supervisión adecuada, la negligencia en el deber de prevenir el delito, o la omisión de tomar medidas razonables para evitar la comisión del acto delictivo por parte de los subalternos conforme lo exige el artículo 28 del ER.

Referirse al control efectivo de la respectiva *conducta* o *acto* puede corresponder más a un error de técnica legislativa, es poco probable que el Acuerdo Final se haya querido anular la responsabilidad por el mando al transformarla en algo radicalmente distinto a lo que ésta es en realidad, por lo que, lo que se lee como *control efectivo de la respectiva conducta*, debería entenderse como *control apropiado sobre sus subalternos* (Cote, 2019).

De cara a los elementos objetivos de la responsabilidad de mando, en especial frente a los requisitos exigidos para la configuración del control efectivo, como exigir que el crimen se haya realizado dentro del área de responsabilidad asignada, cuando esto nunca ha sido exigido en la doctrina internacional, al contrario, independientemente de que el delito se cometa o no en el área asignada al superior, lo que relevante será demostrar la capacidad material de controlar sus tropas (Ortega, 2020).

ii. ¿La capacidad legal excluye a los superiores de facto?

El marco jurídico de la JEP exige del superior militar la capacidad legal de emitir órdenes, dejando de lado los casos en que estos superiores detentan dichas capacidades de facto, sobre los

que también recaen los deberes de prevenir, sancionar y denunciar los crímenes cometidos por sus subalternos (Olasolo & Canosa, 2018).

Esto significa que no es suficiente que un superior militar tenga simplemente la capacidad de hecho, sino que debe poseer una autoridad legalmente reconocida para dar órdenes a sus subordinados, y entonces solo de esta forma poder ser procesado judicialmente por haber incumplido sus deberes legales.

La distinción entre la capacidad legal y la autoridad de facto es crucial para determinar la responsabilidad de los superiores en casos de crímenes cometidos por sus subalternos. Si un superior militar tiene la capacidad legal de emitir órdenes, evidentemente se espera que cumpla con sus deberes, que incluyen prevenir, sancionar y denunciar los crímenes cometidos por aquellos bajo su mando.

Sin embargo, la normativa nacional parece no exigir estos comportamientos de aquellos que sin haber sido investidos formalmente de cierta autoridad, la detentan sobre las fuerzas armadas, como puede ser el movimiento de tropas, la ejecución de órdenes, la planificación de operaciones militares, el manejo de recursos, entre otros.

De allí que se deba analizar en cada caso en concreto las capacidades materiales del superior de controlar sus subalternos, lo que a su vez puede constituir una garantía para aquellos militares que teniendo la capacidad legal, materialmente se encontraban incapacitados para prevenir, sancionar o denunciar.

La exclusión de superiores de facto implica que aquellos que detentan autoridad de manera no oficial o no reconocida legalmente podría eludir sus responsabilidades en relación con los crímenes perpetrados por sus subordinados. En otras palabras, incluso si un superior militar ejerce

control de facto sobre sus subalternos, no se le exige la obligación de prevenir y tomar medidas adecuadas frente a crímenes internacionales, así como de denunciar dichas conductas.

Se propone que tanto militares con capacidad legal como de facto sean responsables de los crímenes cometidos por sus subalternos, este enfoque busca fortalecer la rendición de cuentas y garantizar que la responsabilidad de mando se acompañe con la normativa internacional. Al hacerlo, se establece un marco claro para la responsabilidad de los superiores militares en casos de violaciones graves del derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad, contribuyendo así a la promoción de la justicia y la protección de los derechos humanos y de las víctimas.

iii. ¿La delimitación del territorio influye en la responsabilidad penal del superior?

El Acto Legislativo 01 de 2017 exige que el superior militar debe tener la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los crímenes, sin embargo, es posible que un superior militar aun no teniendo la competencia sobre un determinado espacio geográfico, las tropas bajo su mando cometan crímenes en este, haciéndolo responsable de dichos actos si no previno, sanciono o denunció dichos actos. Es decir, el superior militar podría desplazar sus tropas fuera de su zona geográfica de influencia y seguir detentando un control efectivo sobre las mismas, como sucedió en el caso Bemba (Olasolo & Canosa, 2018).

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 facto esta postura fue rápidamente desechada por la comunidad internacional, el Tribunal Penal Internacional para la antigua

Yugoslavia confirmó con contundencia en el caso Blaškić que la ausencia de autoridad formal no podía impedir que se responsabilizara al superior que tuviera un control material (Ortega, 2020).

iv. Capacidad material y directa ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad penal en la cadena de mando?

La legislación nacional señala que el superior militar deberá tener la capacidad material y directa de tomar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones, frente a esto surge la duda si se excluyen a los superiores militares que a pesar de no tener un mando directo o inmediato, disponen de la capacidad material de impedir, sancionar o denunciar los crímenes, visto que este tipo de responsabilidad se extiende verticalmente en la cadena de mando, hasta los superiores de mayor rango que generalmente se encuentran alejados de la escena de crimen (Olasolo & Canosa, 2018).

Estos elementos deben ser considerados como meros indicios que señalan la existencia de un control efectivo, y no como elementos concurrentes, así lo explicó la CPI en el caso Bemba, donde se señaló que 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 (CPI, 2009).

Adicional, no podría tratarse de requisitos concurrentes pues estos responden a hipótesis distintas de la responsabilidad de mando, por ejemplo, si se reprocha la omisión del deber de denunciar, resultaría absurdo exigir que demuestre su capacidad material de evitar o reprimir la conducta, en especial si el superior que omitió denunciar es distinto del que se encontraba a cargo de la unidad cuando se cometieron los delitos (Ortega, 2020).

v. Elemento subjetivo: conocimiento efectivo y razones para saber

El artículo 24 Acto Legislativo 01 de 2017 dispone de forma un poco difusa que la responsabilidad del mando deberá fundarse en el conocimiento de la información que tenía a su disposición el superior, que la Corte Constitucional ha entendido como “conocimiento efectivo” (Corte Constitucional, 2018), es decir, actuar a sabiendas de la prohibición, actuando con dolo y excluyendo las conductas culposas o imprudentes.

Por otro lado, la regulación del artículo 28 del Estatuto de Roma establece un estándar más amplio basado en “razones para saber”, donde a pesar de no poder probarse que el superior sabía de los crímenes cometidos, si es posible determinar que dadas las circunstancias el superior debía haber concluido que los crímenes se estaban cometiendo, es decir, una infracción a un deber de actuar, una conducta culposa (Cote, 2019), la diferencia entre estos dos estándares genera espacios de impunidad al no sancionar las conductas imprudentes de los superiores militares.

El ER sanciona la responsabilidad de mando ya sea al superior militar que omita sus deberes con dolo o con culpa, el primero cuando sabe que los subordinados cometen crímenes bajo su mando y no desea impedirlos, sancionarlos o denunciarlos, el segundo, se presenta cuando el superior sin saber que se están cometiendo crímenes bajo su mando, pero estando en la posición de poder llegar a saberlo omite sus deberes (Portilla, 2017). Sin dejar de lado que la ausencia de conocimiento puede llegar a ser deliberada, en cuyo caso también sería responsable de los crímenes cometidos (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009).

C. El Alcance la responsabilidad de mando en el derecho interno

Para la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017 determinó que el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 no infringía ningún principio esencial establecido en la Carta Política de 1991, lo que condujo a su declaración de exequibilidad. Aunque el tribunal constitucional

reconoció que las disposiciones de dicho artículo se diferenciaban del artículo 28 del ER, no incumplen la prohibición de la impunidad y por lo tanto, no faltan a los compromisos internacionales o a la impunidad. Concluyó el artículo 28 del ER que este último representaba un "mandato general de criminalización", que este mandato se concretiza mediante las estructuras generales de imputación penal contempladas en la legislación interna como la omisión impropia o comisión por omisión y, en el caso de los miembros de la fuerza pública, se refleja específicamente a través del mencionado artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017(Corte Constitucional, 2017).

El juez constitucional sostuvo que el legislador nacional tenía cierta libertad para configurar las formas de autoría y participación, y que este margen no se había excedido en la situación específica. Es crucial destacar que el alcance del control de constitucionalidad se limitó a determinar si, en términos generales, el constituyente derivado había modificado el principio fundamental de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario. No obstante, este análisis no profundizó en la interpretación detallada del artículo 24 transitorio ni en su conexión necesaria con el bloque de constitucionalidad, posición reiterada en la sentencia C-080 de 15 de agosto de 2018 de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 2018).

Sin embargo, como hemos expuesto, dichas normas no son suficientes para abarcar todos los supuestos fácticos del artículo 28 del Estatuto de Roma, a pesar de coincidir en ciertos aspectos, la omisión en el deber de prevenir podría ser tratada conforme al primer párrafo del artículo 25 del Código Penal colombiano, pero 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, tengamos en cuenta

que las conductas que perseguirá la JEP se circunscriben a graves conductas tales como secuestros, masacres, reclutamientos forzados, violaciones, entre otras, que se cometen dolosamente, excluyendo la responsabilidad en los casos imprudentes (Ortega, 2020).

Frente a los deberes de reprimir y remitir a autoridades competentes, la omisión impropia ya no es útil visto que el crimen ya ha sucedido, se sugiere tratarse con las normas de la omisión propia, en este caso el incumplimiento de los deberes no supone que el superior deba responder por los delitos cometidos por sus subordinados, el superior solo respondería por estos crímenes si incumplió el deber de evitar como se ha dicho; en los casos de reprimir y denunciar, el superior podría responder por un tipo penal autónomo imputado por su conducta omisiva y no por los delitos cometidos por sus subordinados, por ejemplo, el abuso de autoridad por omisión de denuncia (artículo 417 del Código Penal) (Lozano, 2019).

En estos casos el superior, a lo sumo, podría ser considerado como un simple cómplice por omisión y solo en aquellos casos en que el aporte se hubiera pactado con anterioridad y los autores hubieran contado con el mismo, situación que se aleja de la esencia de la responsabilidad de mando (Ortega, 2020).

La Cámara de Cuestiones Preliminares II de la CPI ha explicado que los jefes militares tienen el deber de conocer lo que hacen quienes están bajo su mando, lo que implica un deber activo en indagar dicha información, de manera que hasta el desconocimiento a causa de un actuar negligente da lugar a la responsabilidad penal (Cote, 2019).

Incluso para la Office of the Prosecutor o la Fiscalía de la CPI, establece que la definición de responsabilidad del mando adoptada para la JEP se aparta del derecho internacional

consuetudinario y del Estatuto de Roma, lo que podría generar el incumplimiento de los deberes de investigar y juzgar los crímenes internacionales (Fiscalía de la CPI, 2017).

El derecho penal colombiano por su lado, solo castiga al superior militar que haya actuado culposamente cuando el delito este así establecido expresamente en la ley, de forma que, si la omisión en cualquiera de los tres deberes es culposa, no podrá declararse la responsabilidad penal, este es el caso de los delitos de acceso carnal violento en persona protegida, la toma de rehenes, o la tortura en persona protegida (artículos 138, 148 y 137 del Código Penal respectivamente), los cuales solo están previstos bajo la modalidad dolosa, por lo que, la omisión negligente del deber de evitar no sería punible en la mayoría de los casos según las normas del ordenamiento jurídico interno, por ser una conducta atípica, lo cual genera impunidad (Lozano, 2019).

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a través de la Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de hechos y conductas - SRVR, sentó un precedente significativo en la implementación del concepto de Responsabilidad del Mando con la emisión del Auto 125 en el año 2021 en el contexto de crímenes de guerra y lesa humanidad del macro caso 3, donde se imputaron cargos a militares del Ejército (JEP, 2021).

En dicho auto, se aborda la interpretación del artículo transitorio 24, el cual, según la JEP constituye un criterio auxiliar de interpretación y no el fundamento taxativo e irrestricto de la responsabilidad penal de los superiores militares, que si bien literales de este artículo pueden ayudar a determinar las medidas que cada compareciente estaba en capacidad de tomar en cada caso, pero no deben considerarse como requisitos indispensables. A pesar de que gramaticalmente se refiere a los criterios como "condiciones concurrentes", una interpretación sistemática y teleológica de la norma concluye que estos no deben limitar el alcance de la responsabilidad de los superiores jerárquicos conforme al derecho penal nacional e internacional (JEP, 2021).

La SRVR sostiene la posibilidad de acudir a teoría de imputación no consagradas taxativamente en el marco jurídico de la JEP, como la regulada en el artículo 28 del Estatuto de Roma siempre que se compadezcan con los supuestos fácticos y probatorios que exige dicha teoría, acudiendo a una interpretación sistemática del derecho penal colombiano y las normas de derecho internacional, teniendo como punto de partida el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 (JEP, 2021).

En el Auto en mención se hace especial referencia al aspecto subjetivo de la conducta en la responsabilidad de mando, donde el marco jurídico interno se refiere al “conocimiento basado en la información”, en el que la SRVR considera que no es claro qué tipo de conocimiento refiere, es decir, si refiere exclusivamente a conductas dolosas. Frente a ello estima posible acudir al estándar internacional del numeral 2 del artículo 86 del Protocolo Adicional I, e incluso a los estándares desarrollados en los estatutos de los tribunales *ad hoc* como los expuestos al inicio de esta investigación (JEP, 2021).

Señaló por ejemplo al numeral 3 del artículo 7 y el numeral 3 del artículo 6 de los estatutos del TPIY y del TPIR, respectivamente, que establece el estándar de conocimiento “had reason to know”. Reconociendo que sería posible atribuir responsabilidad penal a los comandantes militares, si estos disponían de información que los alertara sobre la posible comisión de los crímenes, del cual surgiera la necesidad de investigar sobre los hechos (JEP, 2021).

Sin embargo, la JEP no ha dado aplicación en casos en concreto de la responsabilidad de mando regulada en el artículo 28 del ER, ni tampoco ha especificado de manera explícita un procedimiento jurídico o una herramienta específica para la aplicación de la normativa internacional en el derecho interno colombiano.

Dada esta ausencia de especificidad, surge la necesidad de proponer un enfoque que permita la integración de la normativa internacional de manera efectiva en el marco legal interno y que garantice las garantías de los procesados como el principio de legalidad y que asu vez sea armónico con los derechos de las víctimas.

En este sentido, la propuesta de utilizar el control de convencionalidad puede ser una vía coherente y práctica. El control de convencionalidad implica evaluar la conformidad de las normas y decisiones internas con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado. En el contexto de la JEP, esto podría ofrecer una herramienta eficaz para asegurar la coherencia entre las disposiciones internacionales y las decisiones tomadas en el ámbito nacional. Al adoptar el control de convencionalidad, se establece un mecanismo que permite armonizar el derecho interno con las obligaciones internacionales, garantizando así el respeto y la aplicación efectiva de los estándares internacionales en el ámbito de la justicia transicional. Esto no solo fortalecería la legitimidad de los procesos judiciales ante la comunidad internacional, sino que también contribuiría a la consolidación de un sistema de justicia que refleje los principios fundamentales del derecho internacional en el contexto colombiano.

CAPÍTULO III

A. La responsabilidad internacional del Estado colombiano por la inaplicación de la responsabilidad de mando

Los mecanismos para la persecución, investigación y sanción de los máximos responsables de crímenes atroces contra la humanidad juzgados por la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP, en especial frente el estándar de imputación de responsabilidad de mando debe acompasarse con los lineamientos de la normativa internacional y normas de ius cogens, que hoy se materializan en

el Estatuto de Roma con el fin de suplir los espacios de impunidad generados por la insuficiente regulación nacional.

La responsabilidad de mando es estándar de imputación de responsabilidad penal aceptado internacionalmente y su desatención podría significar la responsabilidad internacional del Estado en incumplimiento del principio de *pacta sunt servanda* y de los derechos de las víctimas de crímenes internacionales a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, dando como resultado escenarios de impunidad (Corte IDH, 1998)

Espacios que pueden activar mecanismos jurisdiccionales internacionales que luchan contra la impunidad, desvirtuando la seguridad jurídica de aquellos máximos responsables que consideren haber garantizado todos los requerimientos de justicia al someterse a la JEP ante la posibilidad de enfrentarse a nuevos juicios de su responsabilidad penal internacional, situaciones que se han presentado en la Corte IDH donde se ha considerado que no se ha satisfecho el derecho a la justicia de las víctimas de graves crímenes contra la humanidad, condenando a los países signatarios y ordenando iniciar las investigaciones correspondientes (Lozano, 2019).

En el caso *Godínez Cruz vs. Honduras* la Corte IDH sostuvo que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos (Corte IDH, 1989), en el *Caso Castillo Páez vs. Perú*, allí se recordó que los Estados están obligados a investigar los hechos ilícitos sucedidos en su territorio, inclusive, si debido a dificultades de orden interno impiden identificar a los individuos responsables por la naturaleza de los delitos, pues subsiste el derecho de las víctimas, entre estos el conocer la verdad y la justicia (Corte IDH, 1997).

Por lo que, los Estados tienen el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores e incluso a quienes encubran dichas violaciones,

correlativamente toda víctima tiene derecho de acceder a la justicia para exigir de esta obligación, pues debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de la aportación privada de elementos probatorios, es obligación de la autoridad pública buscar efectivamente la verdad (Corte IDH, 2003).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha resaltado que los Estados deben disponer de mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violaciones a los derechos humanos de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales, incluso, si no existen medidas legislativas nacionales, se insta al poder judicial que en pro garantizar el disfrute de los derechos es plenamente valido dar aplicación directa de las normas contenidas en el tratado internacional (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 2004).

La CPI en el Informe sobre la Situación en Colombia Consulta sobre Puntos de Referencia de 2021 resaltó que la Responsabilidad de Mando tal como quedo consagrada en el Acuerdo Final tiene potencialidad de entrar en conflicto con el derecho internacional consuetudinario y en especial con el Estatuto de Roma, lo que podría acarrear una renuncia de la persecución penal para individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando fuera de manera indirecta o por medio de una omisión culpable (CPI, 2021).

Estos pronunciamiento han remarcando el conocimiento de la CPI respecto de la existencia de crímenes contra la humanidad cometidos aparentemente por superiores militares y que en el derecho interno no se encuentra provisto de las herramientas legislativas suficientes para investigarlos, principalmente debido a las diferencias normativas de la responsabilidad de mando que plantea el ordenamiento jurídico colombiano, lo que podría dar paso a la activación de la

competencia de la CPI al no estarse investigando a todos los sujetos que esta considere deben ser sujetos de investigación, por lo que, es deber del Estado colombiano el garantizar la investigación y sanción de los máximos responsables según las normas de atribución penal de la CPI, que en caso de no hacerlo, no solo crearía el alto riesgo que esta institución asuma directamente las investigaciones, sino que deslegitimaría el componente de justicia dentro del Acuerdo Final de Paz y comprometería la responsabilidad internacional del Estado colombiano (Arévalo & Idárraga, 2021).

i. Competencia de la Corte Penal Internacional

Uno de estos mecanismos es la Corte Penal Internacional, sin embargo, su activación implica una valoración de la existencia de investigaciones penales sobre la responsabilidad de los superiores, y si estas son genuinas, es decir, que no busquen sustraer a los perpetradores de la responsabilidad penal (García A. K., 2019).

El artículo 17 del Estatuto de Roma, señala que se debe verificar si el Estado nacional está o no dispuesto a investigar y juzgar, y si tiene el poder real de hacerlo, elementos que tendrá que demostrar la Fiscalía en caso de concurrir a la competencia de la CPI, decisión sujeta a los recursos respectivos por parte del Estado examinado, por ejemplo, en los casos de amnistía, aunque no se prevé una disposición en este sentido, si se comprueba que el propósito de una ley de amnistía es liberar de responsabilidad penal a los máximos responsables, podría constituir un caso admisible para la CPI (García R. , 2012).

También podría considerarse un caso admisible para la CPI aun cuando se haya celebrado un proceso penal ordinario o transicional y se haya emitido sentencia con efectos de cosa juzgada, siempre y cuando se logre comprobar que el proceso se ha surtido con la intención de sustraer al

acusado de su responsabilidad penal (Oliver, 2021), es decir que en todo caso, ya sea que no existan procesos judiciales o que existiendo, estos no satisfagan el componente de justicia del Derecho Internacional, la CPI puede adquirir competencia para investigar y sancionar graves crímenes contra la humanidad (Díaz, 2018).

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha realizado un seguimiento constante de los procesos de paz con los paramilitares en el 2005 y con las FARC, verificando el cumplimiento del componente de justicia en estos procesos conforme las obligaciones internacionales, como lo es el caso del desplazamiento forzado, de los delitos sexuales y de género, y el tristemente célebre caso de *-falsos positivos-*, donde miembros de las fuerzas militares organizaron homicidios de civiles con el fin de reportarlos como muertos en combate (CPI, 2019).

Por lo que, frente a la posibilidad de no juzgarse los máximos responsables por este tipo de crímenes, podría habilitar la competencia de la CPI sobre aquellos casos en los que los superiores militares no son llevados ante la justicia (García A. K., 2019).

En todo caso, la vigilancia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre los avances en investigación, juzgamiento y sanción de graves crímenes contra los derechos humanos más allá de definir la competencia para actuar de la CPI es un mecanismo de presión para que las jurisdicciones nacionales sean quienes fortalezcan e implementen lo que sea necesario para garantizar el componente de justicia y cumplir con sus compromisos de lucha contra la impunidad.

ii. Competencia de la jurisdicción universal

La jurisdicción universal se establece como otro mecanismo jurisdiccional de lucha contra la impunidad que surge como principio del Derecho Internacional, en este se atribuye a todos los Estados el poder punitivo de perseguir y sancionar los delitos de relevancia internacional, incluso

si no tienen ninguna relación directa con el delito, ya que no se exige la existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito, algunos Estados han aceptado esta fórmula siempre y cuando el autor de los delitos se encuentre en el territorio nacional del país que pretende investigar y sancionar (Huertas, 2013).

Si bien este principio tiene sus orígenes en el derecho internacional consuetudinario, hoy se encuentra plasmado en tratados internacionales, legislaciones nacionales y jurisprudencia relativa a delitos de derecho internacional (como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra), pues se trata de crímenes que trascienden las jurisdicciones de todos los Estados y su vulneración se considera un atentado por sí mismo contra la humanidad, y su juzgamiento es fundamental para satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas (Castro & Macana, 2018).

Incluso, sus alcances se han llegado a expandir a delitos comunes de trascendencia internacional (como la toma de rehenes y el secuestro de aeronaves) y delitos comunes de derecho nacional (como el asesinato, las lesiones y el secuestro) (Amnesty International, 2009).

De manera que cuando un tribunal nacional ejerce la jurisdicción universal sobre conductas que constituyen delitos de derecho internacional o delitos comunes de trascendencia internacional cometidos fuera del territorio nacional, está haciendo en realidad las veces de agente de la comunidad internacional encargado de hacer cumplir las normas derecho internacional (Amnesty International, 2009).

La altas Cortes colombianas han aceptado la vigencia de este principio en el derecho doméstico, la Corte Constitucional en el fallo C-1189 del año 2000 se refirió a la jurisdicción universal como un principio que faculta a los Estados del mundo a asumir competencia sobre

los autores de ciertos delitos consagrados por la comunidad internacional en tratados internacionales, siempre que el autor se encuentre en el territorio nacional y aunque el hecho no haya sido cometido allí (Corte Constitucional, 2000).

Este principio ha sido consagrado expresamente en varios convenios internacionales que vinculan a Colombia como las Convenciones contra la Tortura, contra el Genocidio, contra el Apartheid y contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, así como los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, aplicable en los conflictos armados de carácter internacional, el cual establece un régimen de jurisdicción universal primaria respecto de las *infracciones graves*, obligando a los estados parte a investigar y sancionar a los presuntos responsables que se encuentren en su territorio salvo que se opte por extraditarlo a otro Estado (Salinas, 2007).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha expresado que este principio hace relación a una competencia universal en la que cualquier Estado estaría facultado para juzgar a una persona, sin importar su nacionalidad ni el lugar donde cometió el delito, cuando se trate de conductas cuya persecución está atribuida a la comunidad internacional (Corte Suprema de Justicia, 2001).

El principio de jurisdicción universal ha sido reconocido y aceptado de forma voluntaria por el sistema jurídico colombiano, cediendo el ejercicio de su soberanía a cualquier país que pueda o desee aplicar el principio, basados en la necesidad de impedir la impunidad de ciertos crímenes muy graves en los que se permite que una institución supranacional juzgue sus nacionales (Torres, La Extraterritorialidad de la Ley Penal: El Principio de Justicia Universal, su Aplicación en Colombia, 2013).

Para su procedencia es necesario que se trate de delitos que atentan contra intereses fundamentales de la comunidad internacional, como lo son las conductas que atentan contra los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario a los cuales se les da estatus jurídico de imprescriptible (Sandoval, 2013).

De lo anterior se deduce la existencia de una obligación para todos los Estados de castigar los delitos que violen derechos humanos, ejemplo de ello son las decisiones tomadas en España por diferentes jueces, quienes han decidido adelantar juzgamientos en contra de extranjeros que cometieron crímenes en Chile y la Argentina (Huertas, 2013).

La Corte Suprema de Justicia Argentina en el Caso de Priebke miembro del partido Nazi, ordenó su extradición el 2 de Noviembre de 1995 a Italia, aun en contra de la naturaleza política de los delitos y la prescripción de los mismos, motivos que eran parte fundamental del ente acusador para no permitir dicha Extradición, sin embargo, se aplicó el principio de imprescriptibilidad en el ejercicio de la acción penal con base en el delito internacional cometido y sobre la naturaleza coactiva de la norma internacional (Huertas, 2013).

Recientemente, la ONG TRIAL International (Track Impunity Always) con sede en Ginebra, publicó un informe según el cual, el número de casos abiertos sobre crímenes internacionales en Europa aumentó en un 44% entre 2016 y 2021, y desde su primera publicación de la Revisión Anual de Jurisdicción Universal en 2015 hasta diciembre de 2022, la ONG reportó la condena de 78 individuos (incluyendo 9 mujeres) por crímenes internacionales bajo la figura de la jurisdicción universal (Trial International, 2023).

La Unión Europea y Canadá han iniciado al menos 11 investigaciones sobre crímenes internacionales cometidos en Ucrania con base en la jurisdicción universal o extraterritorial. En

algunos casos, los fiscales han abierto "investigaciones estructurales", que desde el inicio de la investigación no se enfocan en autores o hechos específicos, sino su objetivo es recopilar pruebas relacionadas con los crímenes cometidos durante el conflicto armado, para que con esos elementos se puedan construir los casos y sea el soporte probatorio de futuros procesos penales (Trial International, 2023).

Por lo que, la seguridad jurídica de los superiores militares que se someten a la Jurisdicción Especial para la Paz se ve fuertemente menguada en un escenario internacional en pro de la garantía de los derechos de las víctimas, frente al cual autores como HÉCTOR OLASOLO y JANNLUCK CANOSA han planteado la posibilidad de legislar en el ordenamiento jurídico colombiano la figura de la responsabilidad de mando en el Código Penal colombiano, tal y como se encuentra descrito en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluso incluyendo a los superiores civiles (Olasolo & Canosa, 2018), lo que si bien presentaría un gran avance en la legislación penal doméstica, no necesariamente ofrecería una respuesta eficiente a la problemática planteada.

Principalmente por la naturaleza propia del trámite legislativo colombiano, en el cual se deben agotar 2 debates de Cámara de Representantes y 2 debates en el Senado, y su aprobación puede llegar a durar hasta dos años (Constitución Política Colombiana, 1991), sin incluir los efectos de la sanción presidencial, la revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional o incluso el trámite de un Acto Legislativo que modificara el marco jurídico de la JEP, por lo que resulta en una solución a largo plazo.

B. Jurisprudencia colombiana frente a la aplicación directa de la responsabilidad de mando

El precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de septiembre de 2012 (Corte Suprema de Justicia, 2012), que aparentemente excluía la aplicación de la *Responsabilidad de mando* en los conflictos armados internos, se modificó en sentencia del 5 de diciembre de 2018, por el Magistrado Eugenio Fernández Carlier en recurso de apelación ante la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia dentro del sistema procesal de Justicia y Paz donde se establecía la responsabilidad penal por el homicidio del dirigente político Luis Carlos Galán Sarmiento (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En esta sentencia, la Corte da aplicación directa por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano del literal “A” del artículo 28 del Estatuto de Roma, cambiando así el precedente del 2012 que prohibió la aplicación de la figura de la responsabilidad de mando y la exclusión de otras teorías orientadas a lograr la imputación penal que no tuviesen fundamento taxativo en la normativa interna (Corte Suprema de Justicia, 2018).

El argumento principal de la Corte consiste en que a pesar que el Código Penal en sus formas de autoría y participación no consagra la responsabilidad de mando, la aplicación directa del literal “A” del artículo 28 del Estatuto de Roma se fundamenta en el principio de integración señalado en el artículo 2 del mismo estatuto, y el bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Carta Política, permitiendo que las normas sobre Derechos Humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hagan parte integral de la legislación penal y permitan su aplicación directa (Corte Suprema de Justicia, 2018).

El Estatuto de Roma al estar orientado a evitar la impunidad respecto de graves violaciones de los derechos humanos, hace parte del bloque de constitucionalidad en su contenido sustancial (a diferencia de los apartes que hacen referencia exclusivamente a temas administrativos u

operativos de la Corte), en especial frente a los títulos de imputación consagrados en el artículo 28, frente a estos se dijo que:

“(...) sí tienen categoría de disposiciones sustanciales y a su vez de normas internacionales de derechos humanos y es a través de ellas que se materializa la atribución de responsabilidad penal por la comisión de delitos internacionales y, por esa vía, se materializa uno de los fines últimos del Estatuto, en concreto, el de lograr la punición de los mismos y prevenir su futura realización.” (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Recordemos que la responsabilidad de mando permite determinar la responsabilidad penal de actos que no hacen parte del plan criminal de la organización y se imputa a quienes, sin haber tomado parte material o directa en los mismos, se encontraban en una situación que les hacía exigible tomar medidas para su prevención, represión o sanción. La aplicación directa de esta forma de responsabilidad, aunque exige una modulación de sus efectos por parte del juez, no es necesario que la norma se consagre en una ley doméstica (Corte Suprema de Justicia, 2018).

La aplicación directa de normas internacionales en el ordenamiento jurídico doméstico ya ha sido objeto de debate por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de septiembre de 2010 se desarrolló los efectos de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 que, a pesar de no haber sido suscrita por Colombia, se permitió su aplicación directa en el derecho interno debido al carácter de norma internacional de *ius cogens*, es decir, de las normas de derecho internacional consuetudinario a las que se refiere la Convención de Viena de 1969 (Corte Suprema de Justicia, 2010).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las normas de *ius cogens* pueden ser aplicadas en Colombia por virtud del bloque de constitucionalidad, las cuales no están condicionadas a la existencia de un vacío normativo, sino que por orden constitucional es una herramienta de interpretación judicial (Lozano, 2019).

De igual forma, la Corte señala que el principio de irretroactividad opera frente al Estatuto de Roma, prohibiendo su aplicación para hechos ocurridos previo a la suscripción del mismo el 17 de julio de 1998 y su entrada en vigencia para Colombia, el 1 de julio de 2002, aun cuando sus conceptos derivados del *ius cogens* existieran con anterioridad en distintos instrumentos internacionales, como las Convenciones de Ginebra y de la Haya para los tiempos de guerra o los Principios de Derecho Internacional reconocidos por los Estatutos o de Tribunales *ad hoc*, lo que no significa la aplicación de estos estándares frente a asuntos probatorios o grados de conocimiento para condenar (Corte Suprema de Justicia, 2016).

El segundo argumento de la Corte se basa en las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano al ratificar y aprobar diferentes instrumentos internacionales (Estatuto de Roma, 1998), de los cuales se extrae la necesidad de dar aplicación a la figura de la responsabilidad de mando en el ordenamiento interno, en especial, frente a delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, para que se investiguen y juzguen ante las autoridades nacionales.

La Corte IDH entiende que los crímenes de lesa humanidad son inderogables y no pueden quedar impunes, por lo que es deber del Estado luchar contra la impunidad de estos crímenes, lo cual implica la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables (Corte IDH, 2006). En este mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana ha resaltado la importancia de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no

repetición, así como el deber de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los responsables de graves violaciones de derechos humanos (Corte Constitucional, 2013).

Concluye la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 5 de diciembre de 2018 que, de negarse la posibilidad de aplicar de manera directa en el orden interno la responsabilidad del superior, las autoridades nacionales estarían siempre y en todo caso en la imposibilidad de llevar a juicio a los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad a quienes tales conductas no puedan serles atribuidos a través de otros títulos de imputación (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En el caso en concreto, el superior militar fue condenado bajo la figura de la responsabilidad de mando por el delito de acceso carnal violento en persona protegida cometido por sus subordinados, allí se comprobó que este fungía formalmente como comandante militar del bloque paramilitar, ejercía sobre sus fuerzas mando y control efectivo como ordenar operaciones, movimientos de tropas, hostilidades, reubicar personal, desplazarlo y sancionarlo, y contaba con la capacidad material, real y efectiva de haber prevenido, reprimido o castigado los delitos (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Respecto del elemento subjetivo, el superior tenía pleno conocimiento de los actos criminales cometidos por sus subordinados, por lo que la Corte considera que el comportamiento de este fue doloso en la modalidad de eventual, ya que decidió omitir prevenirlos o sancionarlos, y que de haber obrado activamente en la toma de medidas razonables para prevenir los casos de violencia sexual, el superior hubiese podido evitar o cuando menos disminuir el riesgo de su comisión, construyendo una cultura de respeto – *compliance with the law* - por el derecho internacional humanitario entre sus subordinados (Corte Suprema de Justicia, 2018).

La Corte Suprema de Justicia colombiana deja ver que no es necesario que la legislación nacional consagre la figura determinada de responsabilidad de mando taxativamente, ya que la ratificación y aprobación del Estatuto de Roma supone la obligación para el Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los superiores militares de estructuras armadas regulares o irregulares cuya conducta se subsuma en la responsabilidad de mando consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, siendo la única forma de honrar dicho compromiso internacional a través de la aplicación de las disposiciones internacionales en el derecho doméstico (Lozano, 2019).

Frente a esto se podría argumentar que la armonización de las normas domesticas de investigación y juzgamiento con la responsabilidad de mando consagrada en el Derecho Penal Internacional a través del control de convencionalidad violaría el principio de legalidad de las personas sometidas al *ius puniendi* del Estado que se concreta bajo el aforismo *no hay pena sin ley previa – nullum crimen sine lege*.

Sin embargo, el Derecho Penal Internacional consagra una fórmula más amplia que se traduce en que no hay pena sin derecho previo – *nullum crimen sine iure*, lo que se explica por la naturaleza propia de los procesos de creación de normas de derecho internacional, y por la interrelación entre las fuentes principales y auxiliares en el ordenamiento jurídico internacional (García A. K., 2019).

En contextos de postconflicto, tal como se expuso en la evolución jurisprudencial y normativa de los tribunales *ad hoc*, las categorías que componen los mayores atentados contra la dignidad humana han sido decantadas en un proceso histórico a partir del cual se ha construido un consenso internacional en torno a la gravedad de tales conductas, por lo que es exigible tanto a los Estados, como a los grupos armados, pues uno y otros están en capacidad de comprender la existencia de la prohibición (accesibilidad) y de prever que esta acarrea sanciones

severas (previsibilidad), de allí que los superiores militares no se verían sorprendidos por el cambio de condiciones para la atribución de responsabilidad penal, puesto que era previsible que la transgresión de los derechos humanos y las normas del DIH implicaría la imposición de sanciones, incluso en un sistema jurídico diferente al transicional (García A. K., 2019).

Es responsabilidad de los jueces de la Jurisdicción Especial para la Paz interpretar la legislación nacional y en particular el desarrollo internacional de la responsabilidad de mando (Stewart, 2018). Incluso la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha sostenido que dependerá de los magistrados de la JEP interpretar la legislación nacional vigente y la definición de responsabilidad de mando, teniendo en cuenta cómo se ha desarrollado la noción de responsabilidad de mando en la ley internacional (CPI, 2018).

Rol que ha reconocido la JEP, en sentencia interpretativa la Sección de Apelación sostuvo que, debido a la naturaleza de textura abierta de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, derecho penal y derecho internacional humanitario, su concreción en la justicia transicional le corresponde a la JEP, en general, y a la Sala de Apelaciones como instancia de cierre (JEP, 2019).

Sobre la base del carácter de norma internacional de la responsabilidad de mando y su carácter de norma de *ius cogens*, la JEP es la primera llamada a luchar contra la impunidad de los crímenes cometidos durante el conflicto armado, a interpretar y aplicar adecuadamente la responsabilidad de mando frente a los superiores militares, armonizando la normatividad interna con dichas normas de carácter internacional a través del control de convencionalidad.

Adicional, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que atendiendo a la naturaleza del artículo 28 del Estatuto de Roma y su conexidad con los derechos de las víctimas y con los

postulados esenciales de la constitución política nacional, esta normatividad hace parte del Bloque de Constitucionalidad, ya que es un instrumento de Derecho Penal Internacional aprobado por Colombia, que guardan una relación directa con la protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (Corte Constitucional, 2012).

El Estatuto de Roma se constituye como un elemento que permite reforzar la argumentación de los jueces, realizando un reenvío hacia dicha normatividad con el fin de dotar de contenido y alcance expresiones legales, como ha sucedido con los crímenes de guerra (Corte Constitucional, 2002), así también en las sentencias SU- 1184 de 200147 y C- 181 de 2002 donde la Corte Constitucional ha traído a colación el artículo 28 del ER para extender y armonizar el alcance de disposiciones de derecho interno.

La solución más pacífica y efectiva consiste en la aplicación del ER como parámetro de control de convencionalidad y de adecuación del artículo 24 del Acto Legislativo por parte de los jueces y órganos de cierre de la Jurisdicción Especial para la Paz, esto implica que los requisitos y expresiones de la responsabilidad de mando contenidos en normas nacionales que sean incompatibles con el DPI deberán ser interpretados sobre la base de los estándares que se derivan del ER, del Derecho Internacional Consuetudinario y normas de *ius cogens*, acogiendo como criterio hermenéutico la norma más amplia en la protección de Derechos Humanos y en la garantía del DIH (principio *pro personae*), lo que a su vez conlleva una mayor garantía de los objetivos teleológicos del Acuerdo de Paz y la satisfacción de los derechos de las víctimas (García A. K., 2019).

C. La responsabilidad de mando como norma de *ius cogens* de imperativo cumplimiento

El universo jurídico internacional tiene como común denominador las normas de *ius cogens* (Garibian & Puppo, 2012), que al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, es aquella “(...) *norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969) Fórmula que se repetiría en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, VCLTIO por sus siglas en inglés (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986).

Concepto a partir del cual se sostiene en la presente investigación que la responsabilidad de mando es una norma de *ius cogens*, toda vez que refleja los principios y valores fundamentales de la comunidad internacional, como el respeto a la dignidad humana, la protección de los derechos humanos y la prevención y sanción de los crímenes más graves que afectan a la humanidad. Estos principios y valores son reconocidos por numerosos instrumentos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la norma 153 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, entre otros.

Siendo que la responsabilidad de mando es una norma que tiene un carácter imperativo y vinculante para todos los sujetos de derecho internacional, independientemente de su consentimiento o participación en el Estatuto de Roma. Esto se debe a que la responsabilidad de mando no se basa únicamente en el principio *pacta sunt servanda*, sino también en el principio de

jurisdicción universal, que permite a cualquier Estado ejercer su competencia sobre los autores de crímenes internacionales, sin importar su nacionalidad o lugar de comisión.

De allí que se pueda afirmar que la responsabilidad de mando del Estatuto de Roma es una norma de *ius cogens* que implica deberes y responsabilidades para todos los sujetos de derecho internacional, y que busca garantizar la justicia, la verdad y la reparación para las víctimas de los crímenes más graves.

En el plano de la responsabilidad internacional de los estados, el Juez y Ex-Presidente de la Corte IDH, Cançado Trindade, fue uno de sus principales impulsores dentro de la Corte del concepto de *ius cogens*, señalando que éste no sólo abarca el Derecho Internacional, también se proyecta en el derecho interno de cada país, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él (Cançado, 2007). El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 señaló que todo tratado que contradiga esos principios -*ius cogens*- es nulo frente al derecho internacional.

El cuarto informe de Dire Tladi ante las naciones unidas desarrollo el contenido y alcance de las normas de *ius cogens*, la cual es una norma imperativa del derecho internacional general que se caracteriza por ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, norma que no admite acuerdos que la contradigan y solo puede ser modificada por otra norma de igual carácter, la cual puede tener como base tanto disposiciones de tratados como principios generales del derecho, y su aceptación y reconocimiento puede ser demostrada a través de diversas formas de prueba como lo son declaraciones públicas, publicaciones oficiales, dictámenes gubernamentales y correspondencia diplomática, entre otras. Así también, las decisiones emanadas de cortes y tribunales internacionales, particularmente aquellas de la Corte Internacional de

Justicia, representan una herramienta crucial para determinar el carácter imperativo de estas normas (Naciones Unidas, 2019).

En los casos donde un tratado contradiga una norma de ius cogens al momento de su celebración, este se considera nulo desde su origen y sus disposiciones carecen de fuerza legal. Adicionalmente, si surge una nueva norma de ius cogens en conflicto con un tratado preexistente, este último se torna nulo, eximiendo a las partes de su obligación de cumplimiento (Naciones Unidas, 2019).

Cabe destacar que un acto unilateral de un Estado que busca establecer una obligación contraria a una norma de ius cogens no tiene validez jurídica. Asimismo, una obligación originada en un acto unilateral cesa de existir si se opone a una nueva norma de ius cogens (Naciones Unidas, 2019).

De allí que se pueda afirmar que las normas de ius cogens generan obligaciones hacia la comunidad internacional en su totalidad, conocidas como obligaciones erga omnes, en las cuales todos los Estados poseen un interés jurídico, lo que habilita a que todo Estado detente el derecho de invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma de ius cogens, de acuerdo con las normativas sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos (Naciones Unidas, 2019).

En esta misma línea la Corte IDH en Opinión Consultiva OC-26 de 2020 destaca que el ius cogens, un conjunto de normas imperativas de derecho internacional reconocidas por la comunidad internacional, ha evolucionado más allá del ámbito de los tratados, abarcando también el derecho internacional general y todos los actos jurídicos. Estas normas representan valores esenciales de la comunidad internacional, como la vida, dignidad humana, paz y seguridad, e incluyen

prohibiciones contra actos como agresiones, genocidio, esclavitud, tortura, discriminación racial, entre otros, así como el derecho a la libre determinación. Estas normas generan obligaciones erga omnes, vinculando a todos los Estados y produciendo efectos incluso en caso de denuncia de tratados o retirada de organizaciones internacionales (Corte IDH, 2020).

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido el carácter imperativo de estas normas, y un incumplimiento a las mismas hace que el infractor sea responsable ante el Estado afectado y la comunidad internacional en su conjunto. Por lo tanto, cualquier Estado puede invocar la responsabilidad del infractor. Las normas de ius cogens, revestidas de carácter imperativo, generan obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y tienen efectos con respecto a terceros, incluidos particulares. Esto significa que si un Estado comete una violación a una norma de ius cogens, el resto de la comunidad internacional está obligada a cooperar para poner fin a la violación y a no reconocer como lícita una situación creada por dicha violación. La falta de vigencia de un tratado específico, como la Convención Americana, no exime al Estado de cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos bajo el derecho internacional general (Corte IDH, 2020).

La Corte Constitucional colombiana ha afirmado en diversos pronunciamientos que las normas de ius cogens son de obligatorio cumplimiento para los Estados, incluso si estos no han aprobado los tratados respectivos, su imperatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario (Corte Constitucional, 1995).

Reconociendo que la fuerza vinculante de las normas del ius cogens proviene de su reconocimiento y aceptación por parte de la comunidad internacional que en su conjunto le da un carácter axiológico que no admite norma o práctica en contrario, de ahí que no sea necesaria la existencia de un pacto internacional escrito para su cumplimiento (Corte Constitucional, 1992).

En sentencia C-481 de 1998 la Corte Constitucional frente a un problema de discriminación laboral por sexo sostuvo que es lógico que se acojan los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos, concluyendo que la doctrina internacional vincula los poderes públicos nacionales (Corte Constitucional, 1998).

En sentencia C-370 de 2006 de esta misma corporación se reiteró que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados internacionales constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos (Corte Constitucional, 2006).

Asimismo, el Consejo de Estado colombiano ha señalado que las normas de *ius cogens* limita la autonomía de la voluntad de los Estados e imponen el más fuerte límite a la discrecionalidad a estos dentro del escenario internacional (Casado, 1991), siendo que toda violación de dichas normas imperativas compromete la responsabilidad interna e internacional de los Estados por acción u omisión (Consejo de Estado, 2017).

En este punto se plantea la obligatoriedad de la aplicación de las normas de *ius cogens* a través del control de convencionalidad en los casos que vinculan la responsabilidad de los estados frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para usar este mismo instrumento en los escenarios de responsabilidad penal individual de las personas, en concreto, se plantea la asimilación de las normas que regulan la responsabilidad de mando como normas de *ius cogens* a través de la aplicación de un control de convencionalidad por parte de los jueces y magistrados de la JEP en los casos de responsabilidad penal individual de los superiores militares.

En este sentido el Consejo de Estado ha sostenido que a pesar de la diferenciación entre las normas que regulan la responsabilidad penal y la responsabilidad del Estado en materia de graves

violaciones de derechos humanos, las mismas comparten un elemento en común: la finalidad de protección de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición, lo que constituye una piedra angular del Estado social de derecho, sin cuyo respeto y garantía se generarían actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad (Consejo de Estado, 2017).

Autores como Eduardo Bernabé Toledo han sostenido la viabilidad jurídica de conjugar las disposiciones de la Convención Americana y el Estatuto de Roma generando la obligación para los Estados nacionales de controlar la convencionalidad de sus sentencias penales, así como los instrumentos y normas legales frente a la investigación y sanción de los delitos implementados en el Estatuto de Roma (Bernabé, 2017).

En sentencia del Consejo de Estado de Colombia se sostuvo que el control de convencionalidad es un mecanismo que permite el cumplimiento de las obligaciones internacionales, en el que el juez debe verificar que las normas de la legislación nacional no contraríen las disposiciones internacionales (Consejo de Estado, 2017).

En este pronunciamiento se realizó un control de convencionalidad cuyo *fundamento esencial* fue el Estatuto de Roma y normas de *ius cogens*, constituyendo un referente en materia internacional de los crímenes de lesa humanidad, a partir de los cuales se argumentó la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y se generó como regla jurisprudencial un tratamiento de excepción a la caducidad del medio de control de reparación de las víctimas contenido en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establecía términos de caducidad de la acción, en orden a brindar las mayores garantías posibles de acceso a la administración de justicia interna y en aplicación de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos (Consejo de Estado, 2017).

D. El control de convencionalidad como herramienta de articulación de la regulación nacional de la responsabilidad de mando con la normativa internacional

La jurisdicción especial para la JEP hace parte del derecho domestico colombiano, pero sus objetivos trascienden el plano nacional, persigue intereses más altos o si se quiere, internacionales, como la lucha contra la impunidad frente a graves afectaciones a los Derechos Humanos, tomando una distancia de los clásicos conceptos de criminalidad de los órganos jurisdiccionales ordinarios (Tarapués, 2020).

De allí que el universo o fuentes jurídicas para la toma de decisiones de la JEP, abarcan las normas de Derecho Internacional, reglas y principios del DIDH, el DIH y en especial del DPI, que aunque hacen parte del bloque de constitucionalidad (Tarapués, 2020), se propone hacer su interpretación a la luz del control de convencionalidad, acudiendo antes a la naturaleza del derecho internacional como la costumbre, ratificación de tratados, jurisprudencia y normas de *ius cogens*, que a los particulares mecanismos nacionales, ya que el análisis de las normas no debe limitar a si se adecuan a los postulados constitucionales, sino que se deben considerar las obligaciones internacionales del Estado, tal como lo sostuvo la Corte IDH en el Caso Boyce Vs Barbados (Corte IDH, 2007a).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió por primera vez al Control de Convencionalidad en la sentencia Almonacid Arellano y otros contra Chile del 26 de septiembre de 2006 (Gutiérrez, 2016). En este pronunciamiento la Corte dijo que si bien los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio de la ley, también lo están frente a los tratados internacionales que ratifica el Estado, de donde surge la obligación de velar porque los efectos de los tratados no se vean mermados por la aplicación de leyes nacionales, y que incluso estas desde un inicio carecen de efectos jurídicos si contraría dichas disposiciones (Corte IDH, 2006)

La Corte hace referencia al deber de los órganos jurisdiccionales de ejercer un control de convencionalidad con las normas jurídicas internas aplicables, en este caso, referente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso se señala que no solo se debe tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte (Corte IDH, 2006).

Dicho control puede ser aplicado en dos ámbitos, nacional e internacional, este último refiere al realizado por la Corte IDH que puede declarar la incompatibilidad convencional de una norma nacional y la responsabilidad internacional del Estado; en el ámbito nacional es la obligación *ex officio* del sistema jurisdiccional doméstico de ejercer interpretar las normas internas de tal forma que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado mediante un ejercicio hermenéutico o con las herramientas que le brinde el propio derecho interno (Nash, 2013).

El control de convencionalidad consiste en que al momento de resolver un caso, el sistema normativo que a utilizar debe estar robustecido con aquellas normas de origen internacional, para después en un ejercicio interpretativo, aplicar dichas normas a la situación concreta, en esta interpretación se debe considerar el alcance que la jurisprudencia ha dado a las normas, generando un complemento eficaz a las leyes nacionales (Nash, 2013).

Para el autor Néstor Pedro Sagüés el control de convencionalidad es un instrumento que permite construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos humanos que cumpla con los objetivos de la normatividad internacional, un proceso de integración en materia de derechos humanos (Sagues, 2010). En otras palabras, es la praxis jurídica transnacional institucionalizada que entrelaza no solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino aquellos instrumentos y jurisprudencia internacionales acerca de las garantías y derechos (Solá, 2020).

La finalidad de esta herramienta jurídica es la de mantener la vigencia efectiva de los derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Protección, debido justamente a su nacimiento en el seno de la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, que en principio se limita a su propio *corpus iuris interamericano*, justificándose su aplicación en los principios del derecho internacional general de *buena fe* y *pacta sunt servanda*, así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual un Estado no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional, lo que podría permitir una interpretación de textura abierta del control de convencionalidad, es decir, hacer uso de este mecanismo respecto de otro tipo de fuentes normativas del derecho internacional (Gutiérrez, 2016).

En el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana puesto a en conocimiento de la Corte IDH, se resaltó la obligación de todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad (Corte IDH, 2014b), posición que se reiteró en el Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador (Corte IDH, 2014a), obligación que surge del literal b) del artículo 29 de la Convención, al indicar que, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (Corte IDH, 1985).

La Corte ha sido clara en el sentido de indicar que todos los Estados Parte bajo su jurisdicción, así como las autoridades públicas y en general todos los órganos del Estado, tanto el poder legislativo como el judicial en todos sus niveles, están obligados a ejercer un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de leyes, así como en su validez y compatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y en el juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos (Gutiérrez, 2016).

El Consejo de Estado ha sostenido que el control de convencionalidad implica el deber de todo juez nacional de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera que los órganos de cierre deben hacer este análisis oficiosamente con el fin de hacer conexión entre la normatividad interna y los tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia (Consejo de Estado, 2014).

El control de convencionalidad no otorga la facultad de invalidar, anular o expulsar del ordenamiento jurídico doméstico aquella norma inconvencional, por el contrario, las normas nacionales (constitucional, legislativa o reglamentaria) solo son tomadas en sede internacional como simples hechos atribuibles al Estado que definirán su responsabilidad internacional (Gutiérrez, 2016).

Sin embargo, uno de los puntos que más llama la atención sobre esta sentencia de la Corte IDH, es la vinculación del concepto de *ius cogens* y el control de convencionalidad, pues se sostuvo que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es una norma del *ius cogens* que no se deriva de un tratado o una convención, sino que es un principio imperativo del derecho internacional que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, por lo que a pesar de que Chile no suscribió la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 no puede dejar de cumplir dicha norma.

En ese punto se plantea que el control de convencionalidad a pesar de tener un origen jurisprudencial en la Corte IDH y ser aplicable en principio respecto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, este instrumento también debe ser aplicado por los jueces nacionales respecto de cualquier tratado internacional que protejan los derechos humanos, como lo es el Estatuto de Roma e incluso respecto de normas de *ius cogens*, aun cuando estas últimas no

consten expresamente en un tratado internacional o que estándolo, no haya sido suscrito por el respectivo país.

Autores como Urquilla Bonill sostienen esta posición al señalar que, si bien el control de convencionalidad sólo puede ejercerse frente a tratados internacionales en su sentido técnico, existen diversas fuentes del derecho internacional que constituyen auténticas obligaciones jurídicas para los Estados como lo pueden ser las normas de *ius cogens*, lo que habilita que sean aplicadas a través del control de convencionalidad (Urquilla, 2016).

Lo que se propone entonces es que el control de convencionalidad de origen regional en la Corte IDH, sea el instrumento jurídico que permita a la Jurisdicción Especial para la Paz la aplicación de las normas de *ius cogens* e incluso las normas consagradas en el Estatuto de Roma que se revisten de esta misma calidad.

E. Conclusión

Los tribunales *ad hoc* han evidenciado que en el marco de los conflictos armados a gran escala las fuerzas armadas organizadas constituyen una fuente de poder y riesgo para los civiles, por lo que, la desatención o descuido de sus superiores en su manejo y organización generan graves riesgos de violación de los derechos humanos, aun cuando aquellos superiores militares no hayan emitido órdenes directas.

Dicha omisión o descuido de los superiores generalmente no era posible de sancionarla penalmente, pues estos no conocían de la comisión de los delitos, no habían emitido las ordenes de cometerlos o estos habían sido cometido con anterioridad a la toma de su posición como jefe

militar, sin embargo, la comunidad internacional entendió la necesidad de castigar dichas conductas negligente por el daño que generaba sobre la población civil.

La investigación destacó la relevancia de la responsabilidad de mando como una figura de origen jurisprudencial *sui generis* que posibilita la imputación de responsabilidad penal a los superiores militares en casos de crímenes atroces contra la humanidad cometidos por las fuerzas armadas bajo su mando y control, cuando otras formas de imputación tradicionales como la comisión por omisión – posición de garante o la autoría mediata en aparatos organizados de poder no lo permite, creando la obligación de prevenir, castigar y denunciar las conductas de sus subordinados que atenten contra el DIH que se encuentra consignada en el artículo 28 del ER.

Posteriormente se concluyó que existen escenarios de impunidad derivados de la falta de regulación adecuada de la responsabilidad de mando a nivel nacional, específicamente en el marco jurídico de la Justicia Especial para la Paz (JEP). Esta carencia normativa se identifica como un obstáculo para la prevención, sanción y denuncia de crímenes atroces, lo que a su vez es una amenaza de los derechos de la víctima a la reparación integral, a la justicia, verdad y garantías de no repetición.

Se identifica una discrepancia entre la regulación nacional, particularmente en la JEP, y los estándares internacionales establecidos por jurisprudencia de tribunales ad hoc y normas de Derecho Internacional Penal, en concreto con la señalada en el artículo 28 del ER, discrepancia que contribuye a la impunidad y a la falta de rendición de cuentas de los máximos responsables.

Frente a esta problemática, la investigación concluye que el control de convencionalidad como una herramienta eficaz para alinear el derecho interno con los estándares de Derecho Internacional Penal. Esta propuesta se presenta como una solución viable para garantizar la

coherencia y la armonización entre el marco legal nacional y las normas internacionales en materia de responsabilidad de mando.

Posibilidad que es permitida por el derecho y jurisprudencia doméstica, e incluso constituye una obligación del estado pues este tipo de responsabilidad no solo se encuentra consagrada en un tratado internacional que obliga a los estados partes, sino que constituye norma de *ius cogens* que es de obligatorio cumplimiento por constituir un parámetro aceptado por la comunidad internacional.

Esta propuesta implica que los operadores jurídicos de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP utilicen el control de convencionalidad para verificar la conformidad del derecho interno con los estándares internacionales. Esto no solo podría cerrar la brecha normativa, sino que también garantizaría que la jurisdicción nacional esté alineada con las obligaciones internacionales en materia de responsabilidad de mando.

BIBLIOGRAFÍA

Amaya, C. (2021). Tratamiento de la responsabilidad de mando por control efectivo en el Acuerdo Final de Paz en Colombia: cuando la cadena se rompe. (Tesis de Maestría presentado para optar al título de Magíster en Derecho Penal). Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de

<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/79572/1022381351.2021.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (págs. 527-594). España: Ministerio de Justicia de España. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=298290#:~:text=La%20responsabilidad%20del%20superior%20en%20el%20Derecho%20penal,0210-3001%2C%20Tomo%2052%2C%20Fasc%2FMes%201-3%2C%201999%2C%20p%20p%20C%20A1gs.%20527-594>
- Amnesty International. (2009). *International law commission: the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*. Amnesty International Publications. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/001/2009/en/>
- Aráuz, M. (25 de julio de 2000). La omisión, comisión por omisión y posición de garante. *Encuentro*(54), 32-41. doi:<https://doi.org/10.5377/encuentro.v0i54.3919>
- Arévalo, C. E., & Idárraga, A. M. (2021). La responsabilidad de mando y la creatividad jurídica colombiana: ¿Contravención al derecho internacional? En J. Acosta-López, C. Arévalo Narváez, & R. Urueña, *Aprendiendo de la transición: Lecciones y desafíos del modelo de justicia transicional en Colombia* (págs. 85-124). Bogotá D.C.
- Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares - ACORE. (octubre de 2016). Acuerdos Pactados con las FARC para la terminación del conflicto armado. *Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares - ACORE*. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de https://issuu.com/acore/docs/edici__n_564_octubre_especial/1
- Baquero, P. E. (2013). DE LAS CAUSAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. En C. D. Caro, *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados* (págs. 25-50). Córdoba: España. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/derechointernacionalnormaconducta.pdf>
- Bernabé, E. (2017). Justicia Penal Interamericana: el Sinalagma de Convencionalidad en Argentina. *Liberdades*(24). Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/29/artigo01.pdf>
- Cançado, A. A. (2007). La ampliación del contenido material del ius cogens. *La ampliación del contenido material del ius cogens*. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf
- Casado, R. (1991). Notas sobre el “Ius cogens” internacional. *Notas sobre el “Ius cogens” internacional*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

- Castillo, M., & Salinas, S. (2007). *Responsabilidad Penal Del Individuo Ante Los Tribunales Internacionales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Castro, L. A., & Macana, M. A. (28 de septiembre de 2018). Criterios de selección de crímenes internacionales en la justicia transicional con respecto al conflicto armado no internacional en Colombia. *Papel Político*, 23(1). doi:<https://doi.org/10.11144/Javeriana.papo23-1.csci>
- Colombia y las FARC-EP. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminacion del conflicto y la construccion de una paz estable y duradera. Colombia. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final.pdf>
- Comisión Colombiana de Juristas. (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada*. Bogotá D.C. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de https://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/responsabilidad_penal.pdf
- Comité de Derechos Humanos de la ONU. (2004). *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto. Observación general No. 31 [80]*. ONU. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2845.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (08 de junio de 1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
- Consejo de Estado, Radicado 44001-23-31-000-2012-00026-01 (44586) (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C 01 de diciembre de 2014).
- Consejo de Estado, Radicado 25000-23-41-000-2014-01449-01(AG) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Subseccion B 30 de marzo de 2017).
- Constitución Política Colombiana. (04 de julio de 1991).
- Convencion de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. (1986). Vienna, Austria. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_CONF.129_15-E.pdf
- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. (1907). Obtenido de Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 1992 (26 de octubre de 1992). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-572-92.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995 (18 de mayo de 1995). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998 (09 de septiembre de 1998). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-481-98.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2000 (13 de septiembre de 2000). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1189-00.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-1076 de 2002 (05 de diciembre de 2002). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-1076-02.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006 (18 de mayo de 2006). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2012 (18 de abril de 2012). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-290-12.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013 (28 de agosto de 2013). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017 (14 de noviembre de 2017). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018 (Corte Constitucional 15 de agosto de 2018). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia C080-18*. Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>

Corte IDH. (13 de noviembre de 1985). Opinión consultiva OC-5/85. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Corte IDH, Godínez Cruz vs. Honduras (Corte IDH 05 de enero de 1989). Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf

Corte IDH, Castillo Páez vs. Perú (03 de noviembre de 1997). Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf

Corte IDH, Blake vs. Guatemala (24 de enero de 1998). Recuperado el 14 de noviembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf

Corte IDH, Bulacio vs. Argentina (18 de septiembre de 2003). Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs Colombia (2004). Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (26 de septiembre de 2006). Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte IDH, Boyce Vs Barbados (20 de noviembre de 2007a). Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

Corte IDH, La Cantuta vs. Perú (30 de noviembre de 2007b). Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf

Corte IDH, Garibaldi vs. brasil (2009). Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf

Corte IDH, Gutiérrez y familia vs Argentina (25 de noviembre de 2013). Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_271_esp.pdf

Corte IDH, Rochac Hernández y otros vs. El Salvador (14 de octubre de 2014a). Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf

Corte IDH, Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (28 de agosto de 2014b). Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

Corte IDH. (2020). *Opinión Consultiva OC-26/20 Solicitada por la República de Colombia*. Recuperado el 26 de octubre de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia, Radicado 16724 (Corte Suprema de Justicia 02 de agosto de 2001).

Corte Suprema de Justicia, Radicación 30380 (22 de septiembre de 2010).

Corte Suprema de Justicia, Radicado 38250 (26 de septiembre de 2012).

Corte Suprema de Justicia, Radicación 44312 (23 de noviembre de 2016).

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Penal Radicado 38957. SP17466-2015 (16 de diciembre de 2017).
- Corte Suprema de Justicia, Radicación 50236. SP 5333-2018 (05 de diciembre de 2018).
- Cote, G. E. (2019). 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, 153-199. doi:10.17230/nfp.15.92.4
- CPI, The prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (15 de junio de 2009). Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF
- CPI. (2018). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2018*. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Colombia.pdf>
- CPI. (2019). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2019*. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2019-PE-Report-COL-SPA.pdf>
- CPI. (2020). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020*. CORTE PENAL INTERNACIONAL - CPI. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-col-spa.pdf>
- CPI. (2021). *Situación en Colombia Consulta sobre Puntos de Referencia 2021*. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20210615-COL-Benchmarking-Consultation-Report-spa.pdf>
- Cuerda, A. R. (2009). El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas. En *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (2009) VOL. LXII* (págs. 212-252). España. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2009-10021100252
- Delegaciones del Gobierno Nacional y de las FARC-EP. (23 de noviembre de 2016, parr 7). Fe de Erratas, Comunicado Conjunto #7. Colombia. Recuperado el 18 de noviembre de 2023, de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/comunicado_conjunto_7_fe_de_erratas_24_de_noviembre_de_2016_0.pdf
- Díaz, J. J. (30 de julio de 2018). La responsabilidad de mando aplicada al modelo de justicia transicional del acuerdo final para la terminación del conflicto. *Universitas Studiantes*, 17 (enero-junio 2018), 31.48. Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <http://hdl.handle.net/10554/43860>
- El Tiempo. (25 de noviembre de 2016). hrw dice estar 'decepcionado' frente al nuevo acuerdo de paz. *El Tiempo*. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de

<https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/hrw-dice-estar-decepcionado-frente-al-nuevo-acuerdo-de-paz-51255>

Estatuto de Roma. (17 de julio de 1998). Italia, Roma.

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. (16 de enero de 2002). *Gobierno de Sierra Leona y Naciones Unidas*. Sierra Leona. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>

Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. (25 de mayo de 1993). *Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*. La Haya, Países Bajos. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/statute-international-tribunal-prosecution-persons-responsible>

Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. (19 de enero de 1946). Tokyo, Japon. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.insdip.com/wp-content/uploads/2020/10/Estatutos-del-Tribunal-militar-para-el-lejano-oriente.pdf>

Fiscalía de la CPI. (2016). *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016) Situación en Colombia*. Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf>

Fiscalía de la CPI. (18 de octubre de 2017). Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz. (*Referencia:RPZ-0000001 y RPZ-003*). La Haya, Países Bajos. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.justiciaypazcolombia.com/escrito-de-amicus-curiae-de-la-fiscal-de-la-corte-penal-internacional-sobre-la-jep/#:~:text=El%20presente%20escrito%20de%20Amicus%20Curiae%20aborda%20cuatro,y%20la%20E2%80%9Crestricci%C3%B3n%20efectiva%20de%20libertad>

Flores, S. (marzo de 2006). De Nuremberg a La Haya: la responsabilidad penal de las personas por crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto. *Revista Mexicana de Política Exterior*(76-77), 51-73. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/898>

García, A. K. (03 de diciembre de 2019). Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia, ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional? *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*(7), 32-68. Recuperado el 18 de noviembre de 2023, de <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8532>

García, R. (2012). Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia. *Justicia Juris*, 8(1), 40-52. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4195957>

Garibian, S., & Puppo, A. (2012). Acerca de la existencia del ius cogens internacional: Una perspectiva analítica y positivista. *Revista de teoría y filosofía del derecho*, 36, 7-47. doi:10.5347/isonomia.v0i36.216

- German War Trials, Judgment in the Case of Emil Muller (30 de mayo de 1921). Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/emil-muller-case-imperial-court-justice-30-may-1921>
- Gómez, N. (2004). Análisis de los principios de derecho penal. Recuperado el 16 de noviembre de 2023, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06737-4.pdf>
- Gutiérrez, L.-M. (2016). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. *Revista IIDH*, 64, 239-264. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/issue/view/1909>
- Henckaerts, J.-M., & Doswald-Beck, L. (2009). *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*. (C. U. Press, Ed.) Comité Internacional de la Cruz Roja ICRC. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>
- Huertas, O. (2013). El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos. *Pensamiento Jurídico*, 37, 15 - 33. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/41188>
- Human Rights Watch. (24 de noviembre de 2016). *Human Rights Watch*. Obtenido de <https://www.hrw.org/es/world-report/2017/country-chapters/colombia>
- Islas de González Mariscal, O. (22 de noviembre de 2011). Responsabilidad penal por omisión. Bases doctrinarias. (U. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed.) *Repositorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas "RU Jurídicas"*. Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5026600>
- JEP, Sentencia Interpretativa Radicado 20183350080023 (03 de abril de 2019). Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/seccion_de_apelacion/Sentencia-interpretativa_TP-SA-SENIT-01_03-abril-2019.pdf
- JEP, Auto 125 de 2021 (02 de julio de 2021).
- JEP. (2022). *Comunicado 071 de 2022*. Recuperado el 13 de noviembre de 2023, de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/JEP-abre-Caso-08-investigara-crmenes-cometidos-fuerza-publica-otros-agentes-de-estado.aspx>
- Kiss, A. (31 de agosto de 2018, p. 62). La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (ZIS 1/2016), 40-66. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://ssrn.com/abstract=3128109>

- Ley 1862 de 2017, Artículo 16, numeral 4 (2017). Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1862_2017.html
- López, S. A. (2015). Autoría y participación en los delitos de sujeto activo calificado de servidor público. *Global Iure*, 3, 15-44. Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <https://revista.jdc.edu.co/index.php/giure/article/view/259>
- Lozano, L. (2019). Adopción de la responsabilidad de mando en el ordenamiento jurídico colombiano : tensiones entre el derecho internacional y nacional en justicia transicional (Trabajo de grado - Maestría). (R. I. Séneca, Recopilador) Universidad de los Andes. Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <http://hdl.handle.net/1992/44119>
- Mateus, A. (2010). La Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma y en Colombia. *Estudios En Seguridad y Defensa*(1), 41-48. Obtenido de <https://pure.urosario.edu.co/es/publications/la-responsabilidad-del-superior-en-el-estatuto-de-roma-y-en-colom>
- Medellin, X. e. (2009). *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*. Mexico: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C. Obtenido de https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_16956_1.pdf/c5bffea1-47af-19c3-9e8a-ddc60d354833?version=1.0&t=1539662163132.
- Naciones Unidas. (2019). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. Recuperado el 26 de octubre de 2023, de https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/reports/a_74_10.pdf
- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*, XIX, 489-509. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de <https://typeset.io/pdf/control-de-convencionalidad-precisiones-conceptuales-y-9pr74eakr9.pdf>
- Olasolo, H., & Canosa, J. (enero de 2018). La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. *Política Criminal*, 13(25), 444-500. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/LaResponsabilidaddelSuperiorenelAcuerdodePazenColombiaalaluzde1-2-57.pdf>
- Oliver, S. (2021). ¿Jurisdicción Especial Para La Paz o Corte Penal Internacional?: cómo satisfacer mejor la necesidad de "justicia" por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Colombia. (Trabajo Final de Grado). Universitat Autònoma de Barcelona. Facultat de Dret. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://ddd.uab.cat/record/245248>
- Ortega, M. C. (2020). RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ ESPECIAL REFERENCIA A SU APLICACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRAS MUJERES (Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democratización). Bogotá D.C., Colombia: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de

<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/e71d92ce-fa35-4009-8895-0af57cb412be/content>

- Portilla, G. (2017). Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia. *Nuevo Foro Penal*, 13(88), 113-149. Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074007>
- Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación: La justicia de la justicia transicional*. Bogotá : Universidad el Rosario. Recuperado el 08 de noviembre de 2023, de <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/cb5065d5-7930-4102-9dd7-614aef1182fa/content>
- Rodríguez, J. C. (2020). Antecedentes históricos sobre los “falsos positivos” en Colombia. En G. Barbosa Castillo, & A. R. Ciro Gómez, *Garantía de no repetición: una contribución a la justicia transicional* (págs. 23-75). Bogotá d.C.: Universidad Externado de Colombia; Ejército Nacional de Colombia. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/c65a8142-100b-4049-a122-da5fc8717f19/content>
- Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. madrid, España: Marcial Pons.
- Sagues, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 1(8), 117-136. Recuperado el 19 de Septiembre de 2023, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806005>
- Salinas, H. (2007). El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata? *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 112-113. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177014515007.pdf>. Fecha de consulta: 27 de agosto de 2020.
- Sandoval, J. A. (2013). Elementos de persecución internacional del delito y estado actual de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional en el caso colombiano. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 32(16). doi:<https://doi.org/10.18359/dere.753>
- Solá, V. (2020). ¿CARL MENGER EN SAN JOSÉ DE COSTA RICA? A PROPÓSITO DE UN JUEGO DE ESPEJOS ENTRE TÉORICOS CONSTITUCIONALES Y PLURALISTAS. *Revista de la Facultad*, XI(1), 1-88. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de <https://derecho.unc.edu.ar/wp-content/uploads/sites/7/2020/07/RF-11.1-REVISTA-DE-LA-FACULTAD.pdf>
- Stewart, J. F. (31 de mayo de 2018). El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia. (I. U. Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, Ed.) Bogotá, Colombia. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b4e15b74.pdf>

- Supreme Court of the United States, U.S. Reports: In re Yamashita (octubre de 1945). Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep327/usrep327001/usrep327001.pdf>
- Tarapués, D. F. (26 de junio de 2020). El Tribunal para la Paz y las Salas de Justicia de la JEP como órganos jurisdiccionales sui generis. *Vniversitas*, 69, 1–20. doi:<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.tpsj>
- Terrafni, M. A. (1997). *La omisión impropia y la posición de garante*. Argentina: Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.
- The United Nations War Crimes Commission. (1948). *Law Reports of Trials of War Criminals. Volumen IV*. London. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de https://archive.org/details/LawReportsOfWarTrialCriminals/Law-Reports_Vol-4/
- The United Nations War Crimes Commission. (1949). *Law Reports of Trials of War Criminals. Volumen VIII*. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Law-Reports_Vol-8/Law-Reports_Vol-8.pdf
- Torres, H. (2013). La Extraterritorialidad de la Ley Penal: El Principio de Justicia Universal, su Aplicación en Colombia. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, XVI(31), 99-115. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/722/475>
- Torres, H. (30 de mayo de 2018). La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana. *Academia & Derecho*(16 (2018)), 137–161. doi:<https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.16.5981>
- Trial International. (2023). *Universal Jurisdiction Annual Review*. Recuperado el 18 de septiembre de 2023, de https://redress.org/wp-content/uploads/2023/04/01_TRIAL_UJAR_2023_DIGITAL_27_03.pdf
- Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. (16 de noviembre de 1998). PROSECUTOR v. ZEJNIL DELALIC ZDRAVKO MUCIC also known as "PAVO" HAZIM DELIC ESAD LANDZO also known as "ZENGA". Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/>
- Tribunal Superior de Bogotá, Radicado interno 1215 (Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá 05 de diciembre de 2011). Recuperado el 20 de octubre de 2023, de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342228/25368226/CONTRO~1.PDF/e5dbe8f6-cb02-417e-8bf7-96b13c6fcbe4>
- Uprimny, R. (29 de enero de 2017). *Dejusticia*. Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <https://www.dejusticia.org/column/responsabilidad-del-mando/>
- Urquilla, C. R. (2016). EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SALVADOR: POSIBILIDADES Y DESAFÍOS. En J. MEJÍA R., J. BECERRA R., & R. FLORES, *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá* (págs. 99-132). Casa

San Ignacio. Recuperado el 19 de septiembre de 2023, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34721.pdf>

US Military Tribunal Nuremberg, Pohl et al. (US Military Tribunal Nuremberg 03 de noviembre de 1947). Recuperado el 14 de septiembre de 2023, de <http://werle.rewi.huberlin.de/POHL-Case.pdf>

Vásquez, W. F. (09 de julio de 2012). La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano. *DIÁLOGOS DE DERECHO Y POLÍTICA*, 9, 32-51. Recuperado el 15 de septiembre de 2023, de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/12320>

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. 2 edición). Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora Comercial, Industrial y Financiera.