

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL^{1y2}

*Omar Huertas Díaz*³

*Martín Eduardo Salazar Medina*⁴

¹ Artículo resultado dentro del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “Extrema ratio” UN, en desarrollo de la estancia doctoral entre las Universidades Nacional de Colombia Tratamiento de la responsabilidad de mando de los agentes del Estado colombiano y de las FARC-EP en la comisión de crímenes de guerra, contemplada en el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” –Código Hermes: 46355 de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Autónoma de Madrid (España)

² **Como citar este artículo científico.** HUERTAS DÍAZ, Omar; SALAZAR MEDINA, Martín Eduardo. La responsabilidad del superior jerárquico en Colombia en relación con el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 13, n. 3, p. 231-274, set.-dez. 2021.

³ Doctor en Derecho y en Ciencias de la Educación. Profesor Titular Derecho Penal Universidad Nacional de Colombia. Investigador Senior COLCIENCIAS 2018. ORCID: 0000-0002-8012-2387. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu

⁴ Doctorando en derecho, gobierno y políticas públicas de la Universidad Autónoma de Madrid (España), Investigador visitante de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid (España) y Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente trabaja en la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Correo electrónico: martin.salazar@est.uexternado.edu.co

RESUMEN

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional consigna la responsabilidad del superior jerárquico –militar y civil– por actos delictivos cometidos por sus subordinados cuando exista mando y control efectivo; concretamente, se le impone el deber de ejercer una conducta diligente en aras de prever y tener conocimiento de cuando aquellos están planeando realizar delitos, repelerlos si se están llevando a cabo y ponerlos en conocimiento de las autoridades encargadas de la investigación y juzgamiento. Teniendo en cuenta que en Colombia coexisten diferentes sistemas de juzgamiento (ordinarios y transicionales), se ha dado un manejo disímil a la figura en mención. De una parte, los regímenes penales ordinario, militar y de “*Justicia y Paz*” no tienen una norma que regule la materia, por tanto, se guían por las previsiones de la posición de garante establecida en la Ley 599 de 2000 y el desarrollo jurisprudencial pertinente; por la otra, la Jurisdicción Especial para la Paz sí consagra la figura, aunque otorga un tratamiento diferente a la Fuerza Pública (artículo transitorio 24 constitucional) y a los miembros de las FARC-EP, en la medida que para los primeros establece unos requisitos más estrictos a los fijados en el Tratado Internacional e, incluso, omite tomar como fuente ese Tratado. Ese tratamiento diferenciado trae consigo consecuencias en relación con: i) el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ninguna de las normas existentes en Colombia desarrolla integralmente esa figura, lo cual podría llevar a la adopción de decisiones internas que desconozcan la obligación de juzgar los delitos de competencia de la CPI y a una eventual intromisión de ese organismo internacional; ii) de coherencia en el ordenamiento interno: punibles pueden ser objeto de condena o absolución dependiendo del régimen por el que sea juzgado el involucrado, con las consecuencias que ello trae para los derechos a la justicia, verdad, de las víctimas y, sobre todo, para la superación de la violencia.

Palabras Clave: Responsabilidad del superior, posición de garante, Estatuto de la Corte Penal Internacional, Jurisdicción Especial para la Paz, Ley de Justicia y Paz

ABSTRACT

Article 28 of the Statute of the Rome Statute establishes the responsibility of the Command –military and civil– for criminal acts committed by his subordinates when there is effective command and control. Specifically, it is imposed the duty to be diligent to foresee and be aware of when crimes are being planned, to repel them if they are being carried out, and report them to the authorities

in charge of the investigation and prosecution. In Colombia there are different judging systems (ordinary and transitional) that gives a dissimilar handling to that figure. On the one hand, the ordinary, military and “Justice and Peace” criminal regimes do not have a norm that regulates the matter, therefore, they are guided by the provisions of the guarantor position established in the Colombian Criminal Code and the relevant precedents. On the other hand, the Special Jurisdiction for Peace does establish the figure, although it grants a different treatment to the Public Force and to the members of the FARC-EP, because for the Public Force establishes stricter requirements than those established in the international treaty and even omits to take that treaty as a source. This differentiated treatment has consequences in relation to: i) the Rome Statute: none of the existing norms in Colombia fully develops this figure, which could lead to the adoption of internal decisions that ignores the obligation to judge crimes within the jurisdiction of the ICC and could lead to an eventual interference of that international Court. ii) the lack of coherence in the Colombian legal system: crimes can be subject to conviction or acquittal depending on the regime by which the person involved is tried, with the consequences that this brings for the rights to justice, truth, of the victims and for overcoming of violence.

Key words: Command Responsibility, guarantor’s duties, Rome Statute, Special Jurisdiction for Peace, “*Justice and Peace*” law.

SUMÁRIO: 1 Introducción. 2 La Responsabilidad de Mando en el Artículo 28 Del Estatuto de la Corte Penal Internacional –ECPI–. 3 La Responsabilidad de Mando en el Ordenamiento Jurídico Colombiano Anterior a la JEP. 3.1 Justicia Ordinaria y Fuero Militar. 3.2 Ley 975 de 2005 de “*Justicia y Paz*”. 3.3 Desarrollo Jurisprudencial Sobre la Materia. 3.3.1 Sentencia SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional. 3.3.2 Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional. 3.3.3 Sentencia SP7135 de 5 de junio de 2014 de la Corte Suprema de Justicia. 3.3.4 Sentencia SP5333 de 5 de diciembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia (Justicia y Paz). 4 La Responsabilidad Del Superior En La Jurisdicción Especial Para La Paz –JEP–. 4.1 Regulación para la Fuerza Pública: Artículo Transitorio 24 Constitucional. 4.2 Disposición Aplicable a las FARC-EP: Artículo 67 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019. 4.3 Semejanzas y Diferencias Entre las Normas Estudiadas. 5 Conclusiones. 5.1 En relación con el ECPI. 5.2 Sobre la Coherencia del Ordenamiento Jurídico Colombiano. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La violencia en Colombia no puede ser fácilmente catalogada o descrita bajo una sola etiqueta. Para explicar esa premisa, es menester referir que en el país existe violencia de índole político y social, representada en la lucha insurgente y contrainsurgente en la que participaron principalmente las guerrillas, los grupos de autodefensas y los agentes estatales, siendo esta la encasillada dentro del denominado conflicto armado interno colombiano. Pero tampoco puede pasarse por alto que también se presenta aquella violencia ordinaria, ocasionada, principalmente, por actividades como el narcotráfico o la minería ilegal, la cual, por el enorme beneficio económico que ofrece, ha creado organizaciones criminales jerarquizadas con la fuerza para hacer oposición y enfrentar al Estado en determinadas regiones (como, por ejemplo, los carteles o, actualmente, las bandas criminales), que han incurrido en violaciones masivas de derechos humanos. Pero, además, los grupos caracterizados bajo el rótulo político, al percibir el carácter lucrativo de esas prácticas, se han sumado a esas actividades, directamente o a través de alianzas con los segundos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que, en uno y otro caso, se trata de empresas delincuenciales con estructuras y funciones plenamente definidas, frente a las cuales el derecho penal colombiano debe ofrecer una respuesta contundente para poder atribuir responsabilidades a todos aquellos que participan de una u otra manera en la comisión de conductas punibles. Teniendo en cuenta la multiplicidad de actores y los intentos del Estado para desarmar a los grupos armados al margen de la ley, en la actualidad coexisten numerosos sistemas encargados del juzgamiento que ofrecen un tratamiento diferenciado a los sujetos que procesan, a saber: al penal ordinario y al derecho penal militar –aplicable a las fuerzas militares–, se le suman el sistema de “*justicia y paz*” –al cual se acogieron los grupos paramilitares– y la Jurisdicción Especial

para la Paz –JEP–, creada en el Acuerdo de Paz suscrito con las FARC-EP.

Siguiendo esa línea argumentativa, en las estructuras armadas organizadas adquiere particular relevancia la obligación del Estado de enjuiciar a todos aquellos que intervinieron en la comisión de los punibles: partiendo de aquellos que los ejecutaron materialmente pero, también, llegando hasta los superiores en los eventos en los que dieron la orden o tenían a su cargo personal armado que incurrió en crímenes sin su consentimiento.

Respecto del último aspecto referido, se torna necesario acudir a la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico, la cual tiene como principal antecedente normativo⁵ los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra⁶, en los

⁵ En este punto debe resaltarse que, aún cuando se refiere ese precedente normativo, existen otras disposiciones internacionales que también podrían citarse, tales como, citando a Cote-Barco (2016, p. 62), artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya de 1907 y los artículos 4A y 39 del Convenio de Ginebra III y 99 del Convenio de Ginebra IV.

⁶ **Artículo 86.** Omisiones. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

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

Artículo 87. Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

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

que se establecen, como primera medida, la regla según la cual la infracción a esas normas por parte de los subordinados “no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según sea el caso, a sus superiores”, siempre y cuando estos últimos conocieran o tuvieran información al respecto. Además, se fijaron los “deberes de los jefes” frente a los “miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad”. En ese instrumento se le atribuyeron al superior las obligaciones de impedir que sus subordinados infrinjan las previsiones de esos Convenios y, en caso de que acontezcan, el imperativo de reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes.

Tratándose de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, es importante traer a colación el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), ya que constituye el principal referente de Derecho Internacional Público en la materia, teniendo en cuenta la competencia complementaria que tiene para conocer de esos delitos. Además, porque Colombia suscribió ese Tratado y lo introdujo al ordenamiento a través de la Ley 742 de 2002, por ende, ante la concurrencia de los factores de competencia previstos en esa Convención, la CPI puede conocer de los punibles de genocidio y de lesa humanidad desde el 1 de noviembre de 2002 y a partir del mismo mes del 2009 por crímenes de guerra, en virtud de que el país se acogió a lo previsto en el artículo 124 de ese Estatuto para retrasar la entrada en rigor frente a esas últimas conductas delictivas.

Por tanto, teniendo en cuenta que en su artículo 28, el ECPI regula lo relacionado con la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”, en esta oportunidad se considera relevante analizar

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

los requisitos, elementos y características que se prevén en esa disposición.

Clarificado lo anterior, se estima necesario establecer el trato que los sistemas judiciales presentes en Colombia dan a la figura en mención, determinando las diferencias desde dos perspectivas: i) de cada uno de los regímenes de juzgamiento en comparación con el ECPI y ii) entre ellos para identificar las problemáticas que ello puede traer consigo.

Se considera que el análisis anterior es relevante, pues constituye una aproximación conceptual al tema, ya que otorga las bases que permitirán conocer el ámbito de aplicación de la figura de la responsabilidad del superior jerárquico en cada uno de los regímenes referidos y, particularmente, determinando la forma y el alcance en la que el Estatuto de Roma puede servir como referente para los jueces colombianos en el ámbito de las competencias existentes, para esclarecer cuáles de sus disposiciones pueden llenar los eventuales vacíos existentes en la normatividad vigente en Colombia y cuales otros no⁷. Como cuestión adicional, se identificarán algunos de los problemas que apareja el trato disímil que cada sistema da al superior jerárquico.

⁷ Sobre el particular, Cote-Barco reseñó que estudios como el que se proponen resultaban relevantes: “[...] con el fin de que las decisiones judiciales que se tomen con relación a este tema estén fundamentadas en debida forma, se debe diferenciar, por un lado, el ámbito de aplicación de esta doctrina de acuerdo con el Derecho Penal Internacional (DPI) y, por otro lado, el régimen de responsabilidad por omisión que corresponde a casos de este tipo según el Código Penal colombiano (CPC). En otras palabras: a pesar de que el DPI constituye un punto de referencia obligado para la persecución penal de crímenes internacionales por parte de jueces nacionales, las reglas que pertenecen a cada uno de estos dos regímenes de responsabilidad no se deben confundir. Solo así es posible identificar vacíos en la legislación interna y, de ser posible, recurrir de manera consistente al Derecho Internacional para tratar de complementar las disposiciones nacionales” (COTE-BARCO, 2016, p. 52).

2 LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL –ECPI–

El artículo 28 del ECPI regula la denominada “responsabilidad de los jefes y otros superiores”⁸; allí, como primera medida, se diferencia dos sujetos activos que pueden incurrir en esta clase de responsabilidad, de una parte el “jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar” y, por la otra, “aquellas relaciones entre superior y subordinado distintas” de las anteriores, es decir, aquellos superiores civiles.

La anterior precisión se torna relevante porque la disposición ofrece un trato diferenciado a ambos sujetos. A continuación se expondrán los elementos de cada una de las alternativas planteadas.

⁸ **Artículo 28.** Responsabilidad de los jefes y otros superiores: Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Respecto de los primeros, se consigna como presupuesto indispensable que exista entre el jefe y sus subordinados una relación de “mando y control efectivo” o de “autoridad y control efectivo” y se le reprocha el “no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” en dos eventos: i) que hubiere sabido o debido saber, “en razón de las circunstancias del momento” que las fuerzas a su mando estaban cometiendo crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional “o se proponían cometerlos”; y ii) cuando no haya adoptado aquellas medidas “necesarias y razonables a su alcance” para prevenir, reprimir la comisión o poner en conocimiento de las autoridades competentes de investigar y juzgar los punibles.

En cuanto atañe a aquellos que sin ostentar la calidad de “jefes militares” tienen autoridad sobre personal, el artículo precisa que quien detente esa posición responderá penalmente “en razón de no haber ejercido un control apropiado” respecto de los subordinados “bajo su autoridad y control efectivo” que cometan delitos de competencia de la CPI, cuando: i) hubieran tenido conocimiento de información que revelara que sus subordinados cometían o se proponían cometer crímenes o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” de la misma; ii) los delitos “guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”; y iii) no hubiesen adoptado “las medidas necesarias y razonables a su alcance para” prevenir, reprimir la conducta o ponerla en conocimiento de las autoridades encargadas de investigarla y juzgarla.

De lo anterior se vislumbra que la responsabilidad del superior, al tenor del ECPI, se compone de los siguientes elementos:

- a) **sujeto activo:** pese a ser una obviedad, es un requisito indispensable que se ostente la calidad de superior jerárquico –civil o militar– de los subordinados, al menos que esa condición se adquiriera de facto. Esta condición, de acuerdo con la norma estudiada, le otorga las obligaciones de i)

adoptar las medidas “*necesarias y razonables*” para prevenir las conductas delictivas en que incurran las personas bajo su mando; ii) reprimirlas en caso de que se estén cometiendo; y iii) denunciarlas ante las autoridades disciplinarias y penales competentes.

De otra parte, debe aclararse que el comandante de facto, esto es, aquel que por las circunstancias del momento es conferido con la calidad de superior, se encuentran circunscritos dentro de la segunda de las hipótesis referidas⁹.

⁹ Al respecto, Garrocho Salcedo, citando al precedente establecido en el caso Bemba por la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, razonó: “Junto a los jefes militares de iure, el art. 28.a) ECPI hace alusión a las personas que “actúan efectivamente como jefes militares”. Es decir, a quienes, no siendo legal o formalmente designados como jefes militares, actúan como si así lo fuesen; se trata de civiles que asumen, de hecho, un rol como jefe militar.

En ese sentido, la Sala ha afirmado que los jefes militares de facto conforman una categoría más amplia y distinta de los jefes militares de iure, referida a “quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas regulares gubernativas, tales como unidades de policía armadas y fuerzas irregulares como grupos rebeldes, unidades paramilitares y movimientos de resistencia armados y milicias, que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de mandos”. Bajo esta categoría de jefes militares de facto pueden incluirse a civiles que actúan como militares, y que, sin estar designados legalmente para llevar a cabo funciones de mando, actúan como tales, ejerciendo, fácticamente, el control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando. Este concepto de jefes militares de hecho concuerda con lo establecido por la jurisprudencia de los Tribunales internacional ad hoc¹², puesto que, bajo el concepto de “superior”, se incluía a los jefes militares (de iure y de facto) y también a los civiles (ahora diferenciados de los militares en sentido estricto conforme al art. 28.b) ECPI).

Sin embargo, es necesario clarificar en mejor medida qué personas deben ser consideradas como jefes militares de facto, para restringir lo máximo posible esta categoría y evitar interpretaciones excesivamente amplias. Para ello, comparto la posición con Nora Karsten, quien entiende que la determinación de quien ejerce efectivamente como jefe militar depende de un criterio funcional, atendiendo al tipo de organización que el superior se encuentre dirigiendo en el momento de la comisión de los crímenes. Si los inferiores toman parte en un conflicto armado, el jefe será militar, y si aquellos no participan en un conflicto armado los superiores serán superiores civiles (KARSTEN, 2009, p. 1.002)” (GARROCHO SALCEDO, 2019, p. 270 y 271).

Es necesario agregar que el condicionamiento a que las medidas sean “necesarias y razonables” implica que no se trata de un deber absoluto y que siempre dependa de las circunstancias particulares del caso.

- b) control efectivo:** debe destacarse que el control no emana solamente de la calidad de superior, es decir, si bien el ejercicio del cargo apareja la capacidad de dar órdenes y detentar el mando o control del personal armado, siempre deberá analizarse si esta facultad resultaba aplicable para las peculiaridades del caso; en otras palabras, solamente existirá responsabilidad cuando el jefe no despliegue aquellas actividades razonables y necesarias que esté en capacidad material de realizar, de manera que no se le puede exigir lo imposible o no haber ejercido gestiones que no hubiera estado en condiciones de llevar a cabo. Esa tesis fue fijada en el caso Bemba¹⁰, en el que la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional determinó que había lugar a la absolución del procesado, tras constatar que aquel había desplegado las medidas factibles y razonables que estaba en

¹⁰ Sobre el particular, se razonó en la sentencia: “167. The scope of the duty to take “all necessary and reasonable measures” is intrinsically connected to the extent of a commander’s material ability to prevent or repress the commission of crimes or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution. 336 Indeed, a commander cannot be blamed for not having done something he or she had no power to do.

[...] 169. However, it is not the case that a commander must take each and every possible measure at his or her disposal. Despite the link between the material ability of a commander to take measures (which is directly connected to his or her level of authority) and what he or she might reasonably have been expected to do, it is not the case that a commander is required to employ every single conceivable measure within his or her arsenal, irrespective of considerations of proportionality and feasibility. Article 28 only requires commanders to do what is necessary and reasonable under the circumstances”. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. Sentencia de 8 de junio de 2018 (N.º ICC-01/05-01/08 A). Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF>. Acceso en: 8 marzo 2021).

posibilidad de llevar a cabo, así las mismas hayan resultado insuficientes para evitar la consumación de los delitos por las tropas a su cargo.

Es decir, está plenamente descartado que el control o la autoridad que precisa el artículo en estudio sea aplicado de manera objetiva, pues la palabra “efectiva” apareja valorar hasta qué punto y de qué forma se ejerció con suficiencia ese control o autoridad, lo cual depende de las circunstancias en que se desarrollaron las conductas.

- c) **nexo de causalidad:** como elemento objetivo adicional está la necesidad de establecer la relación causal entre el comportamiento omisivo atribuible al superior y la materialización de los punibles por el personal a su cargo. Esa regla se sustenta en la expresión “en razón de no haber ejercido un control apropiado” consignada en el artículo 28 ECPI y, de conformidad con la doctrina especializada, ese vínculo es “hipotético e invertido”, es decir, se requiere “demostrar que si el superior hubiera cumplido su deber, los crímenes no se hubieran cometido” (COTE-BARCO, 2016, p. 67).

La doctrina también ha mostrado el problema que tiene para la causalidad, el hecho de que se castigue por el deber de reprimir y denunciar, pues en estas eventualidades no tendrían incidencia en el resultado criminal¹¹.

¹¹ Sobre el punto, Cote-Barco (2016, p. 75) reseñó: “[...] algunos autores han sostenido que el requisito de causalidad, tal como fue previsto en el artículo 28 ECPI, también debe ser relevante con relación al deber de reprimir, pues en estos casos el superior no debería responder por crímenes pasados (a cuya consumación no contribuyó, a pesar de no haber sancionado a sus perpetradores), sino por la consumación de crímenes subsiguientes a los que haya contribuido al no sancionar a quienes cometieron crímenes en el pasado⁷⁹. En todo caso, el ECPI no admite la complicidad culposa; tampoco hay una modalidad culposa de los crímenes de competencia de la Corte. Por esta razón, y a pesar de los problemas que de aquí surgen a la luz del principio de culpabilidad (sobre todo cuando la omisión consiste en no reprimir o no informar), esta circunstancia

d) elementos subjetivos: según las previsiones del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el elemento subjetivo se concreta en alguno de los siguientes eventos:

- superior militar: i) si “hubiere sabido” o ii) si “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber” que el personal armado bajo su mando se encontraban cometiendo crímenes de competencia de la CPI o se proponían a llevarlos a cabo;
- superior que no tiene la connotación de militar: i) si hubieren “tenido conocimiento” o (ii) cuando “deliberadamente [hubiere] hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

De lo precedente se puede extraer que existen diferencias en cuanto a uno y otro superior, pues aunque a ambos se les reprocha cuando hayan sabido de la conducta de sus subordinados, la cuestión varía en la segunda hipótesis en uno y otro caso, ya que al primero se le pide que “en razón de las circunstancias del momento” hubiere debido saber, lo que supone un mayor estándar en comparación con el segundo, a quien se le censura penalmente en razón de información que “indicase claramente” el propósito criminal de sus dependientes; es decir, a los primeros se les pide que deban conocer, siempre que las condiciones lo permitan, mientras que a los segundos solamente cuando la información que le llegue señale con claridad el actuar punible.

debe ser tomada en cuenta en el momento de imponerse la sanción, para lo cual, según el artículo 78.1 del ECPI, se debe tomar en consideración la gravedad del crimen”.

3 LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO ANTERIOR A LA JEP

Como se dijo al inicio, en Colombia hay varios regímenes de juzgamiento penal vigentes que son aplicables a los distintos actores armados. En este acápite se agrupan aquellos que antecedieron a la Jurisdicción Especial para la Paz, es decir, el ordinario, el militar y el de “*Justicia y Paz*”.

Esa diferenciación no se justifica solo por la circunstancia temporal descrita sino que obedece a una razón sustancial adicional: todos ellos terminan acudiendo al Código Penal ordinario (Ley 599 de 2000) en lo relacionado a la regulación de la responsabilidad de mando por actos de sus subordinados, mientras que la JEP, como se verá en el numeral que sigue, desarrolla normas específicas con características distintivas que ameritan una mención aparte.

Por ende, en relación con los sistemas de juzgamiento analizados en este numeral, se explicarán las normas que las desarrollan de forma separada pero, tratándose del desarrollo jurisprudencial, se expondrá conjuntamente, atendiendo a que tienen, en últimas, el mismo sustento (artículo 25 de la Ley 599 de 2000) y son decisiones proferidas por las mismas autoridades (Cortes Constitucional y Suprema de Justicia).

3.1 JUSTICIA ORDINARIA Y FUERO MILITAR

En la legislación colombiana existen dos códigos sustanciales en materia penal, los Códigos Penal Militar (Ley 1407 de 2010) y Penal ordinario (Ley 599 de 2000), ninguno de los cuales desarrolla expresamente lo relacionado con la responsabilidad de mando en los términos del ECPI; sin embargo, esa conducta se ha entendido circunscrita dentro de la figura de la posición de garante, respecto de

la cual ofrecen el tratamiento a continuación se expone.

El artículo 27¹² de la primera de las disposiciones aludidas establece que los miembros de la fuerza pública serán responsables de aquellos delitos cometidos que tengan “el deber jurídico de evitar” en razón de su “competencia funcional y teniendo el control efectivo”, esto es, se regula a través de la posición de garante¹³. La norma enfatiza en que es requerido que la persona “tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico o la vigilancia de determinado tipo de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos” y agrega como condicionante que, en todo caso, es indispensable “que las circunstancias [...] [del caso le] permitan” obrar conforme se explica, esto es, ejerciendo su posición de garante para impedir la consumación del resultado dañoso.

Es importante destacar que esa norma se formuló de manera abierta, pues la posición de garante abarca toda clase de punible que sea cometido por cualquier persona, siempre y cuando se satisfagan los requisitos enunciados. Además, llama la atención que el deber de “protección real y efectiva” del bien jurídico solo puede derivar de la Constitución, la Ley y los reglamentos, lo que puede significar que

¹² **Artículo 27.** Acción u Omisión. –Artículo modificado por el artículo 99 de la Ley 1765 de 2015–: La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que en razón de su competencia funcional y teniendo el control efectivo, tenga el deber jurídico de evitar un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hiciera, disponiendo de los recursos y medios, siempre que las circunstancias fácticas se lo permitan, quedará sujeto a la pena prevista en la respectiva norma penal.

A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

¹³ Sobre el particular, Cote-Barco destaca que el proyecto de ley inicialmente presentado en el Congreso “establecía en diferentes artículos tres estructuras de imputación, con el fin de armonizar el Derecho Penal nacional con el Derecho Internacional”, incluyendo uno titulado “responsabilidad del superior militar o policial por las conductas de los subordinados”. Sin embargo, esas disposiciones fueron eliminadas por el legislador, dejando únicamente el artículo 27 analizado (COTE-BARCO, 2016, p. 56 y 57).

se deje de lado la posibilidad de que esa obligación pueda surgir de facto o sea asumida voluntariamente.

No obstante lo expuesto, es importante precisar que esa disposición, por regla general, no es aplicable a los asuntos de competencia de la Corte Penal Internacional. Lo anterior, por cuanto el fuero militar establecido en el artículo 1.º del Código Penal Militar¹⁴ se limita a los delitos cometidos en “servicio activo” o en relación con aquel, empero, ese servicio activo tiene las siguientes excepciones: i) el artículo 3 *ibídem* establece que no son “delitos relacionados con el servicio” los de tortura, desaparición forzada, lesa humanidad y aquellos que contravengan el derecho internacional humanitario o que “sean abiertamente contrari[o]s a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”; y ii) la Corte Constitucional ha establecido que, tratándose de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, no es admisible predicar que las fuerzas armadas obren en cumplimiento o en relación con el servicio activo¹⁵.

¹⁴ **Artículo 1.º** Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

¹⁵ Sobre el punto, en la sentencia SU-1184 de 2001, se razonó: “Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad”. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados. Debe observarse que si bien se hace alusión a los “llamados delitos de lesa humanidad”, dicha referencia únicamente indica el patrón de conducta que nunca serán de competencia de la justicia penal militar. Sobre este punto, ha de advertirse que, tal como se indicó en sentencia, aún las normas que regulan asuntos evidentemente militares, repudian los actos contrarios a los sentimientos de humanidad”.

Así las cosas, existe una regla general que atribuye la competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, relacionados directamente con las conductas transgresoras de los DDHH o del DIH. Por lo tanto, el análisis se centrará en el Código Penal ordinario, el que, como se dijo, tampoco regula expresamente la responsabilidad del superior por actos realizados por sus subordinados; sin embargo, el tratamiento que se le ha dado por la jurisprudencia y la doctrina, va relacionado con la atribución de esta modalidad de responsabilidad a través de la omisión impropia o comisión por omisión, siempre y cuando el sujeto activo tenga la posición de garante, en virtud de lo reglado en el artículo 25¹⁶.

Ese precepto precisa que el deber de impedir el resultado típico deviene de dos situaciones: que el “agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido” o “que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”. Además, respecto

¹⁶ **Artículo 25.** Acción y Omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

de los punibles “que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales” se estableció que existía posición de garantía en los siguientes eventos:

- 1) cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
- 2) cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
- 3) cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
- 4) cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

3.2 LEY 975 DE 2005 DE “JUSTICIA Y PAZ”

Según el artículo 1.º de la referida Ley, aquella resulta aplicable a aquellos “acuerdos de paz” que se alcancen con grupos armados organizados al margen de la ley, entendidos estos como todo “grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones”. Al respecto, se definen los requisitos exigibles para que la “desmovilización” colectiva (art. 10) o individual (art. 11) se rija bajo esa norma, indicando que serán cobijadas todas las conductas cometidas por esas agrupaciones con anterioridad a la fecha de su desmovilización y, respecto de los desmovilizados individuales, se establece como fecha límite el 31 de diciembre de 2012.

De acuerdo al artículo 2.º, allí se regula lo relacionado con la “investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales” de todas aquellas personas “vinculadas a grupos al margen de la ley”

que “durante y con ocasión de la pertenencia” a esas agrupaciones cometieron delitos, “como autores o partícipes”, siempre y cuando “hubieren decidido desmovilizarse y contribuir activamente a la reconciliación nacional”. Además, ese precepto establece que esa Ley deberá interpretarse y aplicarse de conformidad con las normas constitucionales y los Tratados Internacionales “ratificados por Colombia”.

De igual manera, se fijaron las penas alternativas aplicables (capítulo V), el procedimiento de investigación y juzgamiento (capítulo IV), y, para desempeñar esas funciones, se dispuso la creación de una unidad especial en la Fiscalía General de la Nación y Salas Especializadas en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

En torno a las características generales, importa destacar que el artículo 63 estatuyó la posibilidad de que si con posterioridad a la promulgación de esa ley, se expiden nuevas normas “que concedan a miembros de grupos armados al margen de la ley beneficios más favorables”, las personas beneficiarias de la Ley 975 “podrán acogerse a las condiciones que se establezcan en esas leyes posteriores”.

En suma, es importante relieves que si bien para “*Justicia y Paz*” se dispuso un marco procedimental y algunas autoridades especiales, ese sistema constituyó una adición al régimen ordinario, más no uno nuevo, sobre todo porque, finalmente, se ciñe al derecho dogmático ordinario y su órgano judicial de cierre es la Corte Suprema de Justicia, es decir, el mismo de la justicia ordinaria.

Ahora, si bien el artículo 2 de esa ley consigna que se aplicará a todos aquellos que hayan cometido punibles de su competencia “como autores o partícipes”, lo cierto es que esa es toda la referencia que se hace a las formas de autoría y participación; por ende, ante falta de norma especial, se entiende que las disposiciones sobre la materia previstas en el Código Penal ordinario son aplicables a esta materia, así como, en lo pertinente, la jurisprudencia proferida con anterioridad.

3.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERIA

Es pertinente reseñar que el juzgamiento de comandantes de estructuras armadas legales e ilegales en Colombia se ha mirado, principalmente, desde la teoría de la autoría mediata en grupos organizados de poder. Así las cosas, es prolífica la jurisprudencia en esa materia, en la que los supuestos fácticos son distintos a los de la responsabilidad que aquí se ha venido tratando, pues allí se requiere como uno de los elementos característicos, según lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que “el agente conozca la orden impartida, o el ideario o derrotero criminal de la organización en cuyo marco se produce el delito” y “quiera su realización”¹⁷.

Los elementos que se extraen del acápite transcrito – conocimiento y voluntad– constituyen la mayor diferencia respecto de la figura analizada en este documento. En esos casos, se trata de establecer la responsabilidad penal del superior que dio la orden o que diseñó las estrategias y políticas que el grupo armado iba llevar a cabo, mientras que la responsabilidad aquí analizada es una conducta omisiva –comisión por omisión–, pues se trata de aquellos casos en los que el superior no ejerció todas las actividades a su alcance en aras de evitar, frenar o denunciar delitos cometidos por sus subordinados.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP1039-2019. Decisión del 27 de marzo de 2019, Radicación No 40098. En esa decisión, se consagraron los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad de mando en virtud de aparatos organizados de poder: “(i) la existencia de una organización jerarquizada orientada a la comisión de conductas al margen de la ley; (ii) la posición de mando o jerarquía que ostenta al interior de aquélla el agente a quien se le hace el juicio de atribuibilidad; (iii) la comisión de un hecho punible perpetrado materialmente por uno o varios integrantes de la organización, cuya ejecución es ordenada desde la comandancia, y desciende a través de la cadena de mando, o hace parte del ideario o finalidad delictiva de la estructura; y (iv) que el agente conozca la orden impartida, o el ideario o derrotero criminal de la organización en cuyo marco se produce el delito, y quiera su realización”.

En lo tocante a esa última responsabilidad reseñada, no se han proferido tantos precedentes, empero, entre ellos se resaltan los sintetizados a continuación:

3.3.1 SENTENCIA SU-1184 DE 2001 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Esa sentencia de unificación resulta de especial relevancia, por cuanto, de una parte, allí se estableció la ya referida regla que establece la inaplicabilidad del fuero militar en aquellos casos en los que los militares se apartan del servicio activo por cometer conductas transgresoras de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Por la otra, se trata del antecedente jurisprudencial más relevante –en virtud del órgano que la emitió y de su carácter unificador de jurisprudencia– que tocó a inicios de siglo lo tocante a la materia. Allí, como primera medida, se establecieron los casos en los que la fuerza pública ostenta la posición de garante, a saber:

- I. el superior jerárquico ostenta la posición de garante respecto de los actos cometidos por sus subordinados, por ende, si el inferior comete un delito “[...] por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional”.
- II. en virtud del deber asignado por el artículo 217 de la Constitución Política, según el cual las “Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, por ende, estas detentan la posición de garante respecto de la ciudadanía “cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho”, tales como, la garantía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Con sustento en las premisas precedentes, concluyó, como premisa general, que las fuerzas armadas “ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos” y, además, que “tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario”.

También razonó que, respecto de las agrupaciones guerrilleras y paramilitares, la fuerza pública tiene la posición de garante por lo siguiente: de una parte, atendiendo a que esas organizaciones están contraviniendo el monopolio del uso de la fuerza que se encuentra en cabeza exclusiva del Estado y de sus instituciones; y, por la otra, en razón de la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, las fuerzas armadas adquieren el deber de “iniciar acciones de salvamento” para hacer frente a actividades que atenten contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, particularmente, respecto de aquellas calificadas como “de lesa humanidad”¹⁸.

Adicionalmente, cabe resaltar que, según lo precisado en ese fallo, los militares que ostentan la posición de garante respecto de la población civil, incurrir en el mismo delito que quienes la atacan. Esa aseveración es controvertida por la doctrina, pues se pueden dar los casos en los que pese a que se les atribuya el mismo resultado dañoso, cada uno cometa un delito distinto, de acción en un caso y, de omisión, en el otro¹⁹.

¹⁸ La sentencia califica de lesa humanidad las siguientes conductas: “i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario– o a los Tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad–”.

¹⁹ Sobre el particular, se trae a colación el siguiente extracto: “[...] el miembro de la Fuerza Pública que omite el deber de evitar la violación de derechos

3.3.2 SENTENCIA C-578 DE 2002 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A través de esa providencia, la aludida Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002, por medio la cual se ratificó el Estatuto de Roma. Allí se pronunció sobre el artículo 28 del ECPI, respecto del cual aclaró que la posibilidad de perseguir al superior civil no se encontraba regulada en el ordenamiento colombiano, pero indicó que ello no implicaba inconveniente, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 02 de 2001 modificó la Constitución para admitir los tratamientos diferenciados en cuanto atañe a la competencia de la CPI.

3.3.3 SENTENCIA SP7135 DE 5 DE JUNIO DE 2014 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En esa providencia se resolvió el recurso extraordinario de casación formulado por la defensa del General del Ejército Nacional Jaime Huberto Uscátegui Ramírez, quien fue condenado en virtud de la posición de garante detentada respecto de la población civil del Municipio de Mapiripán, pues tuvo conocimiento oportuno de la incursión de las autodefensas en esa población entre los días 15 y 20 de julio de 1997 –así como de los homicidios y vejámenes cometidos por los paramilitares–, pero no ejerció ninguna acción tendiente a repeler ese ataque.

de los ciudadanos por parte de terceros y los miembros de un grupo armado ilegal que incurren en conductas equivalentes a crímenes internacionales no necesariamente realizan el mismo injusto, así a los dos se les impute el mismo resultado (de hecho, este constituye un ejemplo de autoría paralela), puesto que la relación entre ellos no sería de accesoriedad. Claro está, de cumplirse los requisitos, por ejemplo, de la coautoría (lo cual supone un acuerdo común), las afirmaciones de la Corte en este sentido serían correctas, en la medida en que en estos casos lo determinante es la reciprocidad. Pero también es posible que la omisión del militar sea producto de su negligencia, en cuyo caso su conducta constituiría un tipo penal [...]” (COTE BARCO, 2016, p. 83).

La Corte halló penalmente responsable al aludido militar, indicando que si bien no tenía mando operacional sobre el Batallón en cuya jurisdicción estaba Mapiripán y, por tal razón, carecía de la facultad de ordenar la movilización de la tropa, “esa situación no lo desligaba de su deber de desplegar labores de salvamento sobre la población en el marco de sus posibilidades, las cuales no se agotaban o limitaban a la movilización de efectivos para entrar en confrontación armada con los paramilitares apostados en esa localidad”, toda vez que su actuación debía ser inmediata ante la gravedad de los hechos de los que tuvo oportuno conocimiento y no efectuó ninguna actividad.

Para efectos de sustentar esa conclusión, la Corte explicó los tipos de omisión regulados en la normatividad penal colombiana, destacando la propia y la impropia –o comisión por omisión–, respecto de la primera señaló que sanciona el incumplimiento del “deber definido por el legislador independientemente del resultado”; mientras que frente a la omisión impropia, adujo que tiene lugar cuando el resultado, “que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.”

Para justificar la posición de garantía de los servidores públicos, señaló que la Carta Política ha instituido deberes de competencia institucional y por organización, esto es, obligaciones específicas para los servidores públicos por su calidad de agentes estatales. Respecto de la primera, esto es la competencia institucional, el deber jurídico se soporta en la obligación atribuida a las autoridades de la República para proteger a todas las personas residentes en Colombia.

Destacó que el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, por lo

que se debe analizar la relación que estos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto. De esta forma, sostuvo que en casos similares de masacres cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado la figura de la omisión, esto siempre y cuando se determine si al sujeto le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible.

Como elementos determinantes para establecer la competencia del sujeto, relacionó los siguientes: 1) situación de peligro para el bien jurídico; 2) no llevar a cabo de la conducta debida, porque no se actuó pese a la existencia del deber de hacerlo para evitar el resultado; 3) posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida, para lo cual debe tener: i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado; y iv) producción del resultado.

Así las cosas, en el caso concreto encontró que estaba plenamente acreditado que el procesado tuvo conocimiento los días 15 y 16 de julio de 1997 de la presencia en el perímetro urbano de Mapiripán de los integrantes de las autodefensas y de los hechos que posiblemente se iban a realizar, sin que desplegara una acción oportuna –operacional o funcional–, no obstante los deberes de protección y salvamento de la población que ostentaba como comandante militar.

Por lo señalado, la Corte ajustó la condena en el sentido de aclarar que la misma se da por el comportamiento omisivo de los militares enjuiciados, “ante la relación de equivalencia frente a la

acción positiva de los tipos penales que ejecutaron los miembros del grupo de autodefensas, se asimila a efectos de predicar su responsabilidad a título de [...] autor de un delito de omisión impropia”, lo que significó una modificación de la sentencia de segunda instancia, que lo había condenado en calidad de coautor.

3.3.4 SENTENCIA SP5333 DE 5 DE DICIEMBRE DE 2018 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (JUSTICIA Y PAZ)

Como primera medida, en la sentencia se concluyó que los grupos paramilitares a los que pertenecían los procesados establecieron un “patrón de *macrocriminalidad*” denominado “violencia sexual y de género”, tras constatarse que cometieron de firma sistemática y masiva delitos sexuales en contra, principalmente, de mujeres afrodescendientes con el propósito de generar autoridad y control sobre las poblaciones ubicadas en las regiones de su influencia.

A partir de ahí, para determinar la responsabilidad de los procesados por “cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento”, se estudiaron las “formas de responsabilidad criminal por hechos ejecutados por un tercero que no opera como instrumento”.

Sobre el particular, como primera medida, se indicó que en aquellas “situaciones en las que un sujeto no ejecuta el delito parcialmente o en su integridad, ni personalmente ni por intermedio de un instrumento [...] por razones de política criminal, [se] equipara al autor y le imparte idéntico tratamiento punitivo”. A continuación, explicó que existían 4 “institutos” o modalidades que podían circunscribirse en esa descripción, a saber: “el garante, la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad, el actuar por otro y la responsabilidad del superior por omisión establecida en el artículo 28 del Estatuto de Roma”.

Respecto de la posición de garante, explicó que alude a quien “[...] teniendo el deber jurídico de impedir la producción de

un resultado antijurídico, se abstiene de llevarlo a cabo [...]”, con lo cual, razonó que “ese comportamiento omisivo o pasivo” es el que configura la responsabilidad penal, equiparable a la del autor. Además, a partir del estudio del artículo 25 de la Ley 599 de 2000 y de la sentencia emitida por esa corporación el 25 de abril de 2018 en el proceso con radicado 49680, acotó que “[...] la situación en la que se hace exigible a un individuo obrar activamente para evitar la producción de un determinado antijurídico” podía provenir de tres situaciones, a saber: i) llevar a cabo una “actividad riesgosa lícita”; ii) un mandato constitucional o legal; o iii) “haberse creado, a cargo del agente, una situación de riesgo para el bien jurídico” que sea “próximo o cercano”. Aunado a lo precedente, indicó que es indispensable constatar que “[...] la persona tenga la capacidad material de evitar su producción, o lo que es igual, la facultad individual concreta y real de interrumpir el curso causal que culmina en la lesión del interés protegido”.

En torno a la “autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad”, apuntó que esa Corporación ha aplicado la “tesis de la responsabilidad por cadena de mando”, respecto de la cual, aclaró que “[...] para evitar confusiones, se denominará autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad – derivada de los planteamientos que en la doctrina penal alemana y, específicamente, en la obra de Claus Roxin se han consolidado”, es decir, manejó esos términos como sinónimos.

Seguidamente, expresó que esa figura está orientada a determinar la “atribuibilidad de resultados antijurídicos a quienes ostentan una posición de mando dentro de una organización jerárquica respecto de hechos cometidos por sus subordinados, cuando aquéllos materializan un mandato delictivo transferido a lo largo del escalafón de la estructura hasta sus ejecutores materiales”. Expuso que en estos eventos, esa Sala de Casación ha entendido que, por regla general,

la imputación a los “líderes de la organización criminal [...] se hace en condición de autores mediatos [...] aunque también ha admitido la atribución de delitos cometidos por subordinados a los líderes de organizaciones estructuradas a título de coautores materiales impropios”. Adicionalmente, sostuvo que esa figura se diferenciaba de la autoría mediata por coacción o instrumento teniendo en cuenta que en la analizada “el perpetrador material del delito no es un objeto [...] sino que se trata [...] de un individuo que actúa libre e inteligentemente, de modo que también él incurre en responsabilidad penal como autor material del ilícito”.

No obstante, aclaró que la figura opera cuando los superiores: i) “han dado la orden, explícita o implícita, de que se realicen las conductas punibles, la cual es comunicada descendientemente desde las esferas de control de la organización hasta quienes la ejecutan materialmente” o ii) “los delitos se enmarcan dentro del ideario de la organización o en su plan criminal”.

En torno al tercer “instrumento” que se mencionó, esto es, el “actuar por el otro”, consignó que estaba regulado en el inciso 3 del artículo 29 de la Ley 599 de 2000 y que opera respecto de aquellas personas que actúan como “representante de hecho o de derecho de una persona jurídico o de un ente colectivo que carece de personalidad, o de una persona que no obra por sí misma”, en las que se les castiga como si fueran los autores del punible “[...] aun cuando los elementos estructurales de éste, y especialmente la cualificación especial exigida por un tipo penal en particular, recaen en la entidad representada y no en el representante”.

Finalmente, desarrolló lo tocante a la responsabilidad del superior por omisión, haciendo alusión a la consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, el cual estatuye que “[...] el jefe militar que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido

cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”. Frente a la misma, esgrimíó que se aplicaba a comandantes militares en términos generales, es decir, que tiene “[...] cabida tanto en el contexto de comandantes militares de fuerzas armadas legales, como en el de estructuras jerarquizadas ilegales”. Agregó que la “jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha establecido como un requisito esencial de atribución de responsabilidad [...] que exista una relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas”.

Respecto de esta última figura, precisó que pese a encontrarse regulada en el Estatuto de Roma, resultaba aplicable en el derecho penal interno por cuanto, en concreto, así lo permiten el artículo 93 constitucional, “la regla 153 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario”, el artículo 28 del Estatuto de Roma y, particularmente, el artículo 2 del Código Penal, según el cual “[...] las normas y postulados que sobre Derechos Humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”. Motivo por el cual, concluyó que ese precepto internacional “cumple con las condiciones exigidas para ser incorporado al texto del Código Penal” por cuanto, de una parte, se encuentra en un Tratado ratificado por Colombia –Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional– y, por la otra, esa norma trata de Derechos Humanos.

Sintetizados los razonamientos que sobre la materia diseñó la Corte Suprema de Justicia, es menester referir que esa providencia ha resultado cuestionada desde la doctrina especializada; concretamente, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2020, p. 128) precisó que esa sentencia era “desacertada” y “contraria a los principios y normativas que inspiran el derecho penal internacional [...] y el

derecho positivo”, por cuanto incurre en los siguientes “desatinos” argumentativos y conceptuales:

- I. crítica la denominación del acápite que desarrolla conceptualmente el tema –“formas de responsabilidad criminal por hechos ejecutados por un tercero que no opera como instrumento” – (se resalta), aseverando que no existe una razón válida para predicar que las “formas de responsabilidad” allí analizadas “contrastan” a aquellos eventos en los que el tercero “opera como instrumento”;
- II. censura la inclusión de esas figuras dentro de las “formas de responsabilidad sin instrumento”: Sobre el particular, explica que no es apropiado agregar en esa categoría a la posición de garante ya que “es una nota propia de la autoría en los delitos omisivos”, ni a la autoría mediata por grupos organizados de poder, pues, según afirma, la misma es definida por Claus Roxin, “su gran valedor”, como “una especie de autoría mediata en la cual el autor se vale del instrumento que aquí es el aparato”. También asegura que es erróneo incluir dentro de la “figura el actuar por otro” a la “responsabilidad del superior por omisión”.
- III. en torno a la “responsabilidad del superior por omisión” se reprocha que se catalogue directamente como “una forma de omisión”, ya que explica que frente al tema existe una discusión doctrinal entre quienes, en efecto, la conciben como “omisión” y aquellos que “le dan el tratamiento de cláusula general de peligro abstracto o el de una participación punible a título de complicidad por omisión”, inclusive, asevera que en el derecho colombiano “se le niega la estructura omisiva, sea propia o impropia”;
- IV. refuta la equiparación que se hace en la providencia de las figuras de la responsabilidad por cadena de mando y la autoría mediata en aparatos de poder;

- V. finalmente, recrimina la aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, asegurando que contraviene la Constitución Política de 1991, por cuanto “no es posible aplicar directamente al derecho interno un Tratado Internacional como el que contiene el ECPI porque este régimen solo está previsto para situaciones muy concretas”. Además, señala que la aplicación de esa figura contraviene el principio de legalidad, el cual constituye “una de las columnas vertebrales de ese andamiaje de organización social” y, por ende, refiere que la judicatura se excedió en sus funciones al aplicar una figura no regulada en el ordenamiento patrio, actividad que considera apareja consecuencias “desastrosas” debido a que con el mismo argumento podrían utilizarse otras disposiciones, lo que califica de “ex abrupto”.

4 LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ –JEP–

La JEP surgió como consecuencia del Acuerdo de Paz firmado por el Estado colombiano con la guerrilla de las FARC-EP y se encuentra regulada, entre otras disposiciones, en el Acto Legislativo 01 de 2017 y en la Ley Estatutaria 1957 de 2019.

A diferencia del marco normativo de “*Justicia y Paz*”, este componente judicial, de conformidad con el artículo transitorio 5 del A.L. 01/17²⁰, fue diseñado como una jurisdicción propia, con

²⁰ Artículo transitorio 5.º Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1o de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. Sus

autoridades separadas, autónomas y con disposiciones sustanciales y procesales propias. Adicionalmente, también tiene un ámbito de aplicación personal diferente, pues mientras la Ley 957 se quiso hacer como norma marco que regulara la desmovilización de cualquier grupo armado al margen de la ley –aunque en la práctica solo se aplicó para los colectivos paramilitares–, la JEP se creó con el propósito de juzgar exclusivamente a los integrantes de la guerrilla de las FARC-EP, agentes del Estado –Fuerza Pública y civiles (art. trans. 17)– y a los terceros que voluntariamente decidiesen acogerse (entendidos estos últimos como aquellas personas con participación en el conflicto armado interno sin ser integrantes de un grupo armado, tal como lo establece el artículo transitorio 16).

objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas. Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del Sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional. La pertenencia al grupo rebelde será determinada, previa entrega de listados por dicho grupo tras la llegada a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVNT) y a los Puntos Transitorios de Normalización (PTN), a través de un delegado expresamente designado para ello. Estas listas serán recibidas por el Gobierno nacional de buena fe, de conformidad con el principio de confianza legítima, sin perjuicio de las verificaciones correspondientes. La JEP también ejercerá su competencia respecto de las personas que en providencias judiciales hayan sido condenados, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC-EP, dictadas antes del 1.º de diciembre de 2016, aunque no estuvieren en el listado de dicho grupo. En relación con los integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas desarrollado desde el primero de diciembre de 2016 hasta el momento en el que finalice el proceso de extracción de las armas por parte de Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo Final. La ley definirá las conductas delictivas que se considerarán estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas conforme a lo establecido en el punto 5.1.2 del Acuerdo Final, y la JEP evaluará en cada caso ese vínculo de acuerdo con los parámetros trazados por esa ley [...].

Respecto de sus fuentes, impone a sus funcionarios judiciales que en sus resoluciones y sentencias hagan una calificación jurídica “propia del sistema” que tenga en cuenta el “Código Penal colombiano y/o las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad” (art. trans. 5 ya referido).

Se trata del primer marco normativo que en Colombia desarrolla expresamente la responsabilidad del superior teniendo en consideración el artículo 28 ECPI, ya que regula lo pertinente para la fuerza pública (artículo transitorio 24 constitucional²¹), y respecto de

²¹ **Artículo transitorio 24.** Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

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

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

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

“*los mandos de las FARC-EP*”, aunque esta no se encuentra incluida en la Constitución sino en el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019²² (Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP).

4.1 REGULACIÓN PARA LA FUERZA PÚBLICA: ARTÍCULO TRANSITORIO 24 CONSTITUCIONAL

El precepto referido establece como presupuestos especiales para que se configure la responsabilidad del mando por actos de sus subordinados los siguientes:

- I. no puede fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o ámbito de jurisdicción; por ello, expresamente se precisa que además de que se ostenten aquellas, es necesario que exista capacidad material en el superior, como se explicará más adelante;
- II. tener conocimiento que se base en información recibida antes, durante y después de los hechos;
- III. que las peculiaridades del caso le permitan al superior tener medios a su alcance para prevenir o reprimir la conducta y, de haber ocurrido, “promover las investigaciones procedentes”;
- IV. el control efectivo requiere de las siguientes “condiciones concurrentes”: a) que las conductas hayan ocurrido en el “área

²² **Artículo 67.** Responsabilidad de los Mandos de las FARC-EP. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

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

de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando” y que tengan relación con “actividades bajo su responsabilidad”; b) que exista la capacidad “legal y material” de emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir, lo que apareja que no basta la mera facultad asignada por la norma para emitir mandatos, sino que en las circunstancias del caso la misma pueda ejercerse; c) la “capacidad efectiva” del superior de desarrollar y ejecutar operaciones en la zona donde se cometieron los punibles; d) como presupuesto adicional, se exige la “capacidad material y directa” de adoptar todas aquellas medidas adecuadas para evitar o reprimir los delitos, “siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”.

Como se ve, esa disposición establece unos requisitos más estrictos que los previstos en el artículo 28 ECPI, en lo relacionado i) al conocimiento (pues no se reprocha el deber de haber tenido que tener conocimiento); y ii) en cuanto al control efectivo, porque los hechos tienen que haber ocurrido en su “área de responsabilidad” y debe existir capacidad de realizar operaciones en el lugar de los hechos.

Esas precisiones adicionales a las previstas en el Estatuto de Roma pueden llevar a la inaplicabilidad de la figura en el marco transicional, concretamente, en el juzgamiento de conductas que sí serían punibles bajo la descripción del Tratado Internacional, lo que, eventualmente, podría aparejar problemas y eventuales marcos de impunidad.

No obstante, en la sentencia C-674 de 2017²³, la Corte Constitucional concluyó que no observaba mayores cuestionamientos a la redacción del artículo transitorio analizado, por cuanto, en su

²³ En ese fallo, la Corte Constitucional efectuó el control automático de constitucionalidad de esa reforma a la Constitución Política.

criterio, si bien no existía “coincidencia integral” entre la norma nacional y el ECPI, si se presentaba “coincidencia material en los elementos estructurales de la figura”, por cuanto en ambas regulaciones i) se estatuye la responsabilidad “por el hecho de un tercero”, es decir, del superior con autoridad y control efectivo por los delitos de sus subordinados; ii) la responsabilidad se materializa por un conducta omisiva, esto es, “por no adoptar medidas para evitar o para sancionar su comisión”; iii) la figura se predica por la omisión de medidas de prevención y de sanción cuando se han cometido; y iv) “en uno y otro caso se exige un elemento subjetivo que descarta la responsabilidad objetiva, ya que quien tiene el mando debe haber tenido el conocimiento, o al menos debe haber contado con los elementos de juicio para poder inferir la actual o potencial comisión de delitos”.

Con base en esas precisiones, afirmó que no se podía predicar que “las diferencias registradas impliquen una transformación sustantiva que se traduzca en una anulación de la prohibición de la impunidad” y, por esa senda, un desconocimiento del Tratado Internacional aludido.

4.2 DISPOSICIÓN APLICABLE A LAS FARC-EP: ARTÍCULO 67 DE LA LEY ESTATUTARIA 1957 DE 2019

Aquí se establece como premisa general la imposibilidad de establecer responsabilidad penal con sustento exclusivo en el rango o jerarquía. Seguidamente, se consagran los siguientes elementos:

- I. el control efectivo: entendido como la “*posibilidad real*” de haber podido ejercer control respecto de los subalternos “en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal como se establece en el derecho internacional”.
- II. conocimiento con sustento en información a disposición “antes, durante y después” de la materialización del punible.

- III. existencia de medios al alcance del superior para prevenir, “y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes”.

4.3 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS ESTUDIADAS

De los preceptos normativos referidos se puede concluir, como primera medida, que se predica responsabilidad de mando solo a los superiores militares, pues ninguna de las disposiciones hace mención expresa respecto de civiles con tal connotación, cuestión que difiere del artículo 28 ECPI, en el que se regulan ambos tipos de mandos.

Además, a diferencia de la norma ordinaria, en el marco transicional analizado si la conducta criminal acontece, se le impone el deber a los comandantes de, tratándose de Fuerza Pública, “promover las investigaciones procedentes” y, de la agrupación beligerante, de “adoptar las decisiones correspondientes”. Es decir, en la JEP sí está regulada esta modalidad prevista en el ECPI pero que no se estatuye en el Código Penal ordinario.

De otra parte, es necesario aclarar que una y otra norma otorgan trato disímil a los superiores del Estado y de la guerrilla, como pasa a explicarse:

- I. en torno a las fuentes: el artículo transitorio 24 consagra que tratándose de miembros de la Fuerza Pública se aplicará “el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal”, mientras que el artículo 68 LEJEP al definir el control efectivo, indica que ello se efectuará “tal y como se establece en el derecho internacional”. Esa cuestión implica que respecto

de los mandos militares no existe remisión expresa al ECPI, mientras que la cláusula abierta que regula los insurgentes permite acudir a esa disposición.

Sin embargo, es importante acotar que la Corte Constitucional precisó en la sentencia C-080 de 2018 que pese a la falta de referencia expresa del Derecho Penal Internacional como fuente aplicable a la Fuerza Pública, ello no era impedimento para que “[...] en el caso concreto, la JEP pondere la norma especial aplicable para la Fuerza Pública, con los derechos de las víctimas para que los hechos sufridos no queden en la impunidad, dentro de un parámetro de igualdad entre ellas, y con la aplicación ponderada del principio de favorabilidad penal”.

- II. respecto al concepto y alcance del control efectivo: para la Fuerza Pública existen mayores requisitos en comparación con las FARC-EP, ello, en la práctica, puede llevar a que existan casos similares en los que la figura sea aplicable respecto de los últimos pero no frente a los primeros.
- III. frente a la categoría normativa: la regla de la Fuerza Pública hace parte de la Constitución Política, mientras que la de las FARC-EP se encuentra en una Ley Estatutaria, esto es, en una norma de menor categoría.

Con todo, es menester reseñar que la Corte Constitucional concluyó en la sentencia C-674 de 2017 que ese tratamiento “especial y diferenciado” dado a las Fuerzas Armadas se encontraba justificado en el marco de la justicia transicional existente en Colombia, precisando que el Acto Legislativo 01 de 2017 “[...] deliberadamente buscó fijar un régimen especial de responsabilidad penal que tiene como contrapartida una ganancia sustantiva en términos de la consecución de la paz, de la verdad, de la reparación,

y de la no repetición”. Ahora bien, tampoco puede pasarse por alto que todo proceso transicional implica la negociación con las partes inmiscuidas, entre ellas, las fuerzas armadas, quienes, a pesar de hacer parte del estamento, tienen sus intereses, los que pusieron de presente en las negociaciones del Acuerdo de Paz²⁴.

5 CONCLUSIONES

Como se anotó al inicio, el presente trabajo pretende ser una primera aproximación al tema, para lo cual se plantearon los desarrollos normativos y jurisprudenciales que regulan la materia en el derecho penal internacional y en la legislación colombiana. Lo anterior, con el propósito de evidenciar las siguientes cuestiones:

5.1 EN RELACIÓN CON EL ECPI

- I. ninguna de las legislaciones desarrolla a cabalidad la responsabilidad del superior prevista en el artículo 28 ECPI, es más, en el derecho ordinario ni siquiera se desarrolla normativamente de forma expresa. Ello podría llevar a la adopción de decisiones judiciales internas que impliquen un

²⁴ Sobre el punto, Kai Ambos reseña los siguientes pormenores que llevaron a la eliminación de la mención del derecho penal internacional en la norma aplicable a la Fuerza Pública: “En este sentido, el art. 28 del ECPI fue tomado como punto de referencia para el Acuerdo de Paz disipando así las dudas anteriores sobre el alcance y la interpretación de la definición colombiana. Como respuesta inmediata, oficiales activos y retirados del Ejército protestaron contra estos cambios y, mediante una carta publica dirigida al entonces presidente Juan Manuel Santos, argumentaron que la referencia al “cuestionado” art. 28 del ECPI en el párrafo añadido era innecesaria, causaba un profundo “daño” y, si no se revocaba, afectaría gravemente a la “moral y la voluntad de lucha” de los combatientes. El gobierno cedió y decidió eliminar el párrafo recién insertado, pero solo con respecto a la fuerza pública. Por el contrario, se mantuvo la enmienda a la definición en el aparte referido a los comandantes de las FARC-EP y solo se modificó, ligeramente, para sustituir la frase “tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma” por la ya citada: “tal y como se establece en el derecho internacional” (AMBOS, 2020, p. 406).

desconocimiento de la obligación de investigar y juzgar los delitos de competencia de la CPI y a una eventual intromisión de ese organismo internacional.

- II. el marco jurídico de la JEP desarrolla expresamente la materia, sin embargo: i) no regula la responsabilidad del superior que no ostenta la calidad de militar²⁵; ii) otorga un trato diferenciado a la fuerza pública y a los guerrilleros; y iii) impone mayores condicionamientos o requisitos para que se pueda materializar esa responsabilidad.

Las anteriores cuestiones podrían implicar que se puedan presentar tratos judiciales distintos a los exigidos por el ECPI, esa situación ha sido objeto de preocupación por parte de la Fiscal de la CPI, quien presentó ante la Corte Constitucional de Colombia un escrito denominado “Escrito de *Amicus Curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción especial para la Paz”, en el que puso de presente los cuestionamientos que la redacción del artículo transitorio 24 constitucional ofrece, aseverando que “en su redacción actual, el Artículo transitorio 24 no “perfora el velo del formalismo” que podría sustraer de responsabilidad penal a aquellos individuos que tuviesen la mayor responsabilidad por actos atroces , y de ese modo no cumpliría su finalidad prevista”.

²⁵ Al respecto, desde la doctrina se ha precisado: “Esta omisión es particularmente más grave porque las pocas referencias existentes en el Derecho y la jurisprudencia colombianos a la RespSup limitan su aplicación a los superiores militares. En consecuencia, se corre el riesgo de generar un amplio espacio de impunidad con respecto a miles de autoridades civiles que, como reflejan las más de dieciséis mil solicitudes de investigación (compulsas de copia) emitidas por la jurisdicción de *Justicia y Paz* a la Fiscalía General de la Nación durante la última década, omitieron durante años el cumplimiento de sus deberes ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados” (OLASOLO; CANOSA, 2018, p. 492).

5.2 SOBRE LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Como se dijo, en Colombia coexisten varios sistemas de juzgamiento, ello tiene su justificación porque se han llevado a cabo negociaciones y procesos transicionales con grupos armados al margen de la ley; no obstante, esa pluralidad de sistemas conduce al establecimiento de los siguientes cuestionamientos:

- I. unas conductas se rigen por la modalidad de omisión impropia –comisión por omisión-, sin ninguna mención normativa expresa que hable de la responsabilidad de mando por delitos cometidos por sus subordinados; mientras otras se rigen por esa figura, porque está desarrollada en el marco jurídico de la JEP. En los primeros casos se ha desarrollado el tema por la jurisprudencia, sin embargo, el breve estudio de sentencias de las altas cortes muestra que no existe claridad sobre la materia;
- II. el tratamiento disímil lleva a la peculiaridad que conductas punibles puedan ser objeto de condena o absolución dependiendo del régimen por el que sea juzgado el involucrado. Incluso, tratándose de conductas en las que han participado distintos actores armados, puede darse la paradoja que un superior de un bando sea condenado y otro de un grupo distinto –aliado u opuesto– sea absuelto.

Esas circunstancias ponen en entredicho que en Colombia se esté aplicando el derecho a la justicia de forma adecuada y, sobre todo, la aceptación y legitimidad del ordenamiento, pues un procesado condenado por un sistema no aceptará que su par del bando opuesto pueda ser absuelto por conductas similares.

Tampoco satisface las perspectivas de las víctimas, quienes por el trato diferenciado no tendrán certeza sobre la responsabilidad penal de quienes cometieron los crímenes en su contra.

Además, en torno a la determinación de máximos responsables y de conocer la verdad y la memoria de la violencia, es confuso que no exista un trato equivalente para todos los responsables.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. **Derecho penal internacional, justicia de transición y JEP: ensayos varios**. Santiago de Cali: Diké S.A.S., 2020.

AMBOS, Kai; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Ed.). **El caso Bemba y la responsabilidad del mando: comentarios y traducción de la sentencia de apelación**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

COLOMBIA. Acto Legislativo 01, de 2017.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2018 (radicado 49680).

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1039, de 27 de marzo de 2019.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5333, de 5 de diciembre de 2018.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7135, de 5 de junio de 2014.

COLOMBIA. Ley Estatutaria 1957, de 2019

COLOMBIA. Ley 599, de 2000.

COLOMBIA. Ley 742, de 2002.

COLOMBIA. Ley 975, de 2005.

COLOMBIA. Ley 1407, de 2010.

COLOMBIA. Ley 1765, de 2015.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Sala de Apelaciones. Sentencia de 8 de junio de 2018 (N.º ICC-01/05-01/08 A). Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF>. Acceso en: 8 marzo de 2021.

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

ESCRITO de *amicus curiae* de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz: ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. Disponible en: <<http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>>.

ESTATUTO de la Corte Penal Internacional. Disponible en: <[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>.

GARROCHO SALCEDO, Ana M. La responsabilidad del superior por omisión. En: MACULAN, Elena; GIL GIL, Alicia (Directoras). **Derecho penal internacional**. 2. edición. Madrid: Dykinson, 2019.

MACULAN, Elena; GIL GIL, Alicia (Directoras). **Derecho penal internacional**. 2. edición. Madrid: Dykinson, 2019.

OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. La responsabilidad del Superior en el acuerdo de paz en Colombia a la luz del derecho internacional. En: **Revista Política Criminal**, Talca, Ed. Universidad de Talca, volumen 13, n.º 25, Julio de 2018.

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

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Una sentencia absurda: a propósito de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de cinco de diciembre de 2018. En: AMBOS, Kai; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Ed.). **El caso Bemba y la responsabilidad del mando**: comentarios y traducción de la sentencia de apelación. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

Recebido em: 4-4-2021
Aprovado em: 23-10-2021