



**LA RESPONSABILIDAD DE MANDO APLICADA
AL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL
DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN
DEL CONFLICTO**

***THE RESPONSABILITY OF COMMANDER APLIED
TO THE TRANSITIONAL JUSTICE MODEL
OF THE FINAL AGRIMEENT FOR THE CONFLICT
TERMINATION***

JUAN JOSÉ DÍAZ MARTÍNEZ*

Fecha de recepción: 3 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 25 de abril de 2018

Disponible en línea: 30 de julio de 2018

RESUMEN

El presente trabajo busca desarrollar el concepto de responsabilidad de mando o de superior en el ordenamiento jurídico colombiano, la forma como ha sido aplicado jurisprudencialmente nacional e internacionalmente. De allí que esta figura sea tomada como uno de los principales elementos de cualquier proceso de justicia transicional, precisamente por la necesidad de establecer qué va a pasar con los jefes militares responsables de delitos durante un conflicto.

Con base en lo anterior, se verificará si los desarrollos normativos para la aplicación del acuerdo final para la terminación del conflicto, entre el gobierno nacional y las FARC-EP, cumple con los requisitos del derecho internacional para garantizar que los superiores militares responderán por su accionar durante el conflicto.

* Estudiante de octavo semestre de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia). Correo electrónico: diazjuan@javeriana.edu.co.

Palabras clave: Responsabilidad de mando; justicia penal militar; justicia transicional; derecho penal internacional.

ABSTRACT

This essay aims to develop the concept of responsibility of commanders in Colombian law, the way how it has been applied by national and international judges, as well by the international law. Hence, the responsibility of commanders has been taken as one of the fundamental elements of any transitional justice process, precisely because the need to establish how will be the judgement of those responsible of crimes against humanity during the intern conflict.

Furthermore, the text includes an approach of the law development use for applying the final agreement for the conflict termination, between the Colombian government and the FARC-EP guerrilla. It's also important check if the mechanism used to judge, included in the agreement, is according with the international law related with commander's responsibility.

Key words: Commanders responsibility; criminal military law; transitional justice; international criminal law.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de mando es un concepto ciertamente complejo, pero que su aplicación es vital en cualquier proceso de justicia transicional. En el presente trabajo se buscará concretar el concepto en el ordenamiento nacional, diferenciándolo de otras figuras, y evaluar su aplicación jurisprudencial. Con ello podremos determinar los alcances que este concepto tendrá en el marco del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC-EP, para analizar su relación en torno a la Corte Penal Internacional (CPI).

Abordaremos el problema jurídico de si su consagración y aplicación nacional es capaz de responder a los estándares internacionales en el marco de un proceso de justicia transicional. De este problema, la tesis central es que la forma como se ha venido concretando la responsabilidad de mando en el nuevo Acuerdo, puede incumplir los requisitos internacionales y acarrear sanciones por parte de la CPI.

Para demostrarlo es necesario aproximarse previamente al concepto de la responsabilidad de mando, desde su consagración normativa dentro del orde-

namiento colombiano, antecedentes, referencias en otros ordenamientos y las obligaciones del Estado entorno a lo traído por el derecho internacional. Así como también revisar la jurisprudencia nacional e internacional.

Una vez hecha la aproximación genealógica, epistemológica y pragmática del concepto de responsabilidad de mando, ahora si es posible estudiar su consagración y la proyección de su aplicación en el Acuerdo Final para la terminación del conflicto. Para ello se compararán tanto el primer documento como el Acuerdo Final, revisando los cambios que hubo entre ambos y las proyecciones que se representan en la Justicia Especial para la Paz, para finalmente ver su alcance respecto de la CPI.

1. EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE MANDO

1.1. APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE MANDO

Hay que advertir que en nuestro ordenamiento la responsabilidad de mando no se encuentra contenida dentro del Código Penal Militar¹ como una de las formas de participación, sino que la trae el nuevo Código Disciplinario Militar. Allí se consagra como una norma de conducta en el ejercicio del mando², lo que se traduce en una obligación para los superiores pero que no representa, bajo el principio de legalidad, una forma de imputación de los delitos que allí se proscriben.

Desde aquí podemos señalar que el legislativo erró al no consagrar en la norma penal una forma de participación que es propia de los militares, puesto sólo en la fuerza pública existe un deber legal³ de obediencia de los subalternos a los superiores. No obstante, este tipo de responsabilidad no aplica únicamente para cuerpos militares legales.

Para traer entonces una definición puramente dogmática y no normativa, podríamos decir que la responsabilidad de mando es aquella en la cual los superiores jerárquicos y estratégicos de un cuerpo militar son responsables por las conductas de sus subalternos que, actuando en ejercicio de mando, transgreden por acción u omisión el Derecho Internacional Humanitario.

1 Ley 1407 de 2010. Por el cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial 47804 de agosto 17 de 2010

2 Ley 1862 de 2017. Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar. Diario Oficial No. 50.315 de 4 de agosto de 2017. Artículo 16 numeral 4.

3 Ver artículo 3 de la ley 1862 de 2017.

Para elaborar esa definición, se toman algunos de los elementos que nos trae Vargas Lancheros⁴, para diferenciar la coautoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder con la responsabilidad de mando, donde la primera requiere de 4 elementos: el poder de mando del autor mediato, la desvinculación de la organización del derecho, la fungibilidad del autor directo y la predisposición del autor directo para la realización de un hecho ilícito.

Así pues, para la responsabilidad de mando, se puede prescindir de los requisitos 3 y 4, puesto que el “autor directo” no necesariamente debe ser fungible, porque puede el superior aprovechar calidades especiales del subalterno que realiza la conducta bajo su orden. Tampoco debe concretarse una predisposición para un hecho ilícito, debido a que la conducta puede provenir de una orden que deba cumplirse de forma inmediata, de modo que el “autor directo” no tiene margen para determinar la ilicitud de la conducta.

Vargas no define como tal el concepto que se trata, sino una figura parecida. No obstante, y pese a sus similitudes, se debe señalar que la responsabilidad de mando no es una coautoría mediata, sino que es totalmente autónoma por el carácter diferenciador del deber legal o funcional de obediencia, ya que el subordinado en estos casos no actúa bajo común acuerdo o siendo instrumento del superior. Estas dos figuras son abordadas por la doctrina de forma separada, pese su desarrollo es similar en muchos aspectos, pero se busca que la definición que propuesta se construya a partir de las diferencias entre ambas.

Es más claro en este sentido Héctor Olásolo⁵, quien señala que la responsabilidad del superior se predica fundamentalmente de delitos *omisivos*. Esto, por cuanto consisten dichas omisiones en la no adopción de medidas necesarias y razonables para cumplir con sus deberes debido a su condición de superiores jerárquicos, por contraposición a la autoría mediata, que se aplicaría para delitos por acción. El mismo autor señala que hay quienes consideran que existe una responsabilidad de mando por activa, por lo que la distinción entre delitos acción y omisión para determinar la responsabilidad no es del todo pacífica. No obstante, es cierto que la normatividad internacional, como ya se desarrollará, si contiene la omisión como elemento estructural de la responsabilidad del superior.

Además de la diferenciación del tipo de delito omisión, la responsabilidad de mando tiene unos elementos específicos para que se configure como forma

4 José Álvaro Vargas Lancheros. *Aproximaciones al Delito de Omisión en las Fuerzas Militares*. Pág. 215 y siguientes. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda Edición. Bogotá (2014).

5 Héctor Olásolo Alonso. *Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional*. Pág. 180. Ed. Tirant lo Blanch. (2013)

de imputación. Por contra posición el carácter es genérico en la autoría mediata⁶, puesto que se agota con la ejecución no material de los elementos objetivos del tipo penal, en tanto sean cometidos por la persona utilizada como instrumento⁷.

No existe distinción para la aplicación de la responsabilidad de mando o de la autoría mediata en razón del sujeto, puesto que no hay una calificación especial más allá de un cuerpo militar. Por ello, podría aplicarse la responsabilidad de mando o establecer una autoría mediata tanto para cuerpos legales como ilegales. No obstante, la complejidad de ciertas estructuras irregulares dificulta mucho la aplicación de cualquiera de estas dos figuras.

Con todo lo anterior, y como ya ahondaremos en el asunto, la definición más clara de la responsabilidad de mando desde el derecho la trae el Estatuto de Roma. En su artículo 28, el tratado lo establece como una de las causales por la cual es competente la CPI.

1.2. CONSAGRACIÓN NORMATIVA EN COLOMBIA

Como ya lo anticipamos, no hay una consagración propia de la responsabilidad de mando como una forma de responsabilidad en el derecho penal o penal militar colombiano. Para encontrar una definición en este punto, tenemos que remitirnos a normas disciplinarias de la conducta militar, y no de imputación penal militar, que es su referencia más cercana.

Allí, se contempla la obediencia, el respeto y la disciplina de los subordinados respecto de sus superiores, y que el mando no puede ordenar actos que contraríen leyes, constituyan delitos o afecten el Derecho Internacional Humanitario⁸ (DIH).

El nuevo Código Disciplinario Militar, expedido el 4 de octubre de 2017, derogó el Código disciplinario de 2003, pero solamente entró a regir en enero de 2018. En él hay múltiples referencias a la conducta militar, sus deberes, obligaciones, conductas y sanciones. Hay que enfatizar que no se tratan de delitos, sino de faltas de conducta cuya sanción varía entre inhabilidad, suspensión, multa y reprensión.

6 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas 1998. Artículo 25. Numeral 3. Letra B.

7 Héctor Olásolo Alonso. Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional. Pág. 185. Ed. Tirant lo Blanch. (2013)

8 Ley 1862 de 2017. Artículo 16 numerales 3 y 4.

Si bien no se puede hablar propiamente en él de responsabilidad de mando como una modalidad de imputación penal militar, si trae (aunque no tan claro como el código anterior) la definición de varios de sus elementos⁹, como qué es una orden legítima e ilegítima, y cuál es el alcance de los superiores respecto de las órdenes que le dan a sus subordinados.

Pero la responsabilidad de mando, como concepto amplio y suficiente, no entrará en el ordenamiento jurídico colombiano sino hasta el Acto Legislativo 2 de 2001¹⁰, en donde se le adiciona al artículo 93 de la Constitución Política el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI. A esto se hará referencia más adelante.

1.3. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El desarrollo histórico de este concepto no es del todo claro. En Colombia, como bien lo señala Andreu-Guzmán¹¹, la justicia penal militar tiene una herencia española en sus inicios. Alude el autor a múltiples decretos y la ley del 16 de junio de 1853, para demostrar que en materia penal castrense se mantuvo las normas que regían en la época colonial.

Según Mejía Azuero¹², fue el general Santander quien presentó en 1840 el primer borrador de un Código Penal Militar. Sin embargo, ambos autores coinciden en que no sería sino hasta la ley 35 del 20 de mayo de 1881, el que pareciera ser el primer código penal militar en forma.

En esa ley, conocida como el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia, no trae consigo la responsabilidad de mando, pese a que señala una marcada jerarquía estratégica y trae el deber de obediencia entre estos.

La Constitución Política de 1886 consagra el Fuero Penal Militar en su artículo 170¹³. No sería sino hasta la ley 84 de 1931, en la cual se traería la responsabilidad de mando, como su primer antecedente rastreado. En ese entonces, se trató como una causal de exclusión de la responsabilidad penal para los

9 Ver artículos 9-11 y del 14-18 de la ley 1862.

10 Acto Legislativo 2 de 2001. Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución. Diario Oficial 44663 del 31 de diciembre de 2001.

11 Federico Andreu-Guzmán. *Fuero militar y derecho internacional*. Págs. 203-227. Ed. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. (2003)

12 Jean Carlo Mejía Azuero. *La Corte Penal Internacional y las Fuerzas Armadas de Colombia. Una mirada desde la trinchera*. Pág. 175. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición. (2006)

13 Constitución Política de Colombia[Const]. Art. 170. 5 de agosto de 1886. Colombia.

delitos contra la seguridad interior del estado, de una forma aún más clara que los códigos penales militares contemporáneos. Aducía la ley en su artículo 169 que “*Atendiendo a los deberes de obediencia y de disciplina militar ya las condiciones especiales del sindicado, el juzgador militar podrá declarar exentos de responsabilidad por los delitos contemplados, en este Título a los Suboficiales y soldados que actuaron bajo el mando de sus superiores directos*”¹⁴.

En el Decreto 1125 de 1950¹⁵, promulgado en Estado de Excepción durante el gobierno del Gral. Rojas Pinilla, es más organizado en la medida en que en el acápite *de los delitos militares*, trae en su artículo 93 la exclusión de responsabilidad del inferior que cometa delito por órdenes del superior, salvo cuando haya concierto, exceso o manifiesta malicia. Este fue, como señala Mejía Azuero¹⁶, el primer código en traer un capítulo sobre DIH, elemento fundamental en la definición de responsabilidad de mando.

El Decreto 2550 de 1988¹⁷ resulta bastante curioso, en la medida en que va moldeando lo que serían los códigos militares de 1999 y 2010, donde se adoptará el sistema de responsabilidades propiamente penal (Coautoría, participación, determinadores, etc), y se deja de lado en las causales de exclusión de responsabilidad, la responsabilidad de mando manifiesta y particular para tomar la general, de cumplimiento de deberes legales.

Los códigos penales militares de 1999 y 2010, manejan igualmente el tema de las responsabilidades, equiparándolas a las formas del derecho penal que, como ya lo advertimos, hacen una definición más bien abstracta de la responsabilidad de mando y no toman en cuenta el deber legal de obediencia en las fuerzas militares. No obstante, es de resaltar el hecho de que en estos códigos se habla de DIH entorno a su respeto y los delitos contra él, más no da calidades en materia de responsabilidad.

Hay que advertir finalmente, que con base a la consagración nacional desde 1988, la jurisprudencia le dará el tratamiento de autoría mediata en organizaciones de poder, a los casos donde bien se podría imputar Responsabilidad de Mando.

14 Ley 84 de 1931. De Justicia Militar. Julio 21 de 1931 Diario Oficial N° 21744.

15 Decreto 1125 de 1950 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el nuevo Código de Justicia Penal Militar. Mayo 10 de 1950. D.O. N° 27308

16 Jean Carlo Mejía Azuero. *La Corte Penal Internacional y las Fuerzas Armadas de Colombia. Una mirada desde la trinchera*. Pág. 176. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición. (2006)

17 Decreto 2550 de 1988 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el nuevo Código de Justicia Penal Militar. Diciembre 10 de 1988. D.O. N° 38608

1.4. REFERENCIAS NORMATIVAS EN OTROS ORDENAMIENTOS

Vemos que en España a través de la Ley Orgánica 14 de 2015¹⁸ se define en el artículo 5 qué se entiende por un superior jerárquico. Pero no es sino hasta el artículo 10, que en su numeral primero se entiende como una circunstancia de atenuación *muy calificada*, el cometer un delito por orden de superior.

En Argentina el antiguo código era tal vez, el más preciso definiendo la responsabilidad de mando en su artículo 514¹⁹. No obstante, tras una serie de reformas, en el año 2009 los argentinos abandonan la Justicia Penal Militar, porque a su juicio no tenía sentido seguir hablando de los militares como algo ajeno a la sociedad²⁰.

Finalmente, el Código Orgánico de Justicia Militar de Venezuela²¹, toma tal cual la definición del ya citado antiguo código argentino, aduciendo en su artículo 394 que: *“Cuando se haya cometido un delito por una orden del servicio, el superior que la hubiere dado es el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en la cual serán responsables todos los concertados”*.

1.5. CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Esta es tal vez la más importante. Hay aún, dos elementos de la definición propuesta en el numeral 1.1 de este trabajo a las cuales no se ha referido. Estas son el hecho de que la responsabilidad de mando no es un hecho exclusivamente de fuerzas estatales, sino que también se puede dar en otras estructuras de orden; y que recaiga sólo sobre conductas que afecten el DIH.

La responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma, la trae el Art. 28²². De esta norma es vital resaltar nuevamente que, a diferencia de las normas nacionales que revisamos anteriormente, se abre la posibilidad de que sean juzgados los jefes de organizaciones no estatales por los crímenes que cometen sus subordinados.

18 Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. B. O.E. N°247. España

19 Ley 14029. 16 de Julio de 1951.

20 Leonardo Filippini & Karina Tchrian. El nuevo sistema de Justicia Militar Argentino. Pág. 1191. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires, Abedelo Perrot. (2009)

21 Código Orgánico De Justicia Militar de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998.

22 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas 1998. Artículo 28.

La CPI ha establecido que la responsabilidad de mando es una forma autónoma de responsabilidad, totalmente independiente de la contenida en el Art. 25 del Estatuto, que es *sui generis* y que no tiene relación jerárquica alguna con otras formas de responsabilidad²³. Esto reafirma la diferenciación realizada al inicio de este escrito con la autoría mediata²⁴.

La CPI ha establecido igualmente que para incurrir en la responsabilidad del Art. 28 del Estatuto, se requiere que se prueben los siguientes elementos: (a) el sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal; (b) el sospechoso debe tener un mando o control efectivo sobre las fuerzas que cometieron delitos previstos en los Arts. 6 a 8 del estatuto; (c) los delitos resultaron de la omisión²⁵ del sospechoso de un adecuado control sobre las fuerzas; (d) el sospechoso sabía o debía conocer de la comisión de los delitos; (e) no se adoptaron medidas necesarias y razonables para evitar o castigar la comisión del delito, o se dejó de informar a las autoridades²⁶.

Esta forma de responsabilidad se puede subdividir en dos partes, cada una con sus componentes. La primera la podemos llamar responsabilidad de mando general, puesto que se maneja el sentido genérico de la comisión de la conducta, centrándose en quien está en el mando. Esa responsabilidad se compone por el saber o deber saber de la conducta y el de no adoptar las medidas para evitarla. La segunda, la del literal b, la podemos llamar como responsabilidad de mando de control, pues se centra entre las relaciones entre superior y subordinado. Tiene 3 componentes: el conocimiento o caso omiso sobre la comisión de sus subordinados; la relación de su control efectivo con las actividades bajo su responsabilidad; y no haber tomado medidas para poner las actividades en conocimiento de las autoridades.

En este punto es indispensable tener claro que la CPI²⁷ sólo es competente para ciertos crímenes, por lo que no todo delito cometido por orden de superior configura responsabilidad de mando, sino exclusivamente aquellos que se den en el marco de un conflicto y afecten el Derecho Internacional Humanitario²⁸.

23 ICC. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bamba Gombo. Caso N°01/01-05/08. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. Párr. 16. (2016)

24 Ver punto 1.1. Aproximación epistemológica al concepto de responsabilidad de mando.

25 Nótese que el delito sea *omisivo* para que haya responsabilidad.

26 Héctor Olásolo Alonso. Tratado de Autoría y Participación en el Derecho Penal Internacional. Pág. 784. Ed. Tirant lo Blanch. (2013)

27 Estatuto de Roma. Artículos 5-8.

28 Fundamentalmente las Convenciones de Ginebra de 1949 desarrollan las formas como se debe aplicar la fuerza y qué se debe proteger durante los conflictos.

Colombia, a través de un Acto Legislativo²⁹ adicionó al artículo 93 de la Constitución Política el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI, ratificándolo a través de la Ley 742 del 2002. La Corte Constitucional³⁰ declaró exequible la ley aprobatoria, señalando que el tribunal internacional será competente respecto de Colombia cuando el Estado no quiera o no pueda impartir justicia en los delitos estipulados en el tratado, y que sus decisiones son vinculantes en virtud del principio de *pacta sunt servanda*.

2. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE MANDO

2.1. PRINCIPALES JURISPRUDENCIAS INTERNAS

La aplicación de este concepto por parte de los jueces nacionales no ha sido homogénea, sino que traen múltiples figuras del derecho penal para imputar delitos de los subordinados a los superiores, algunas como coautoría mediata y otras un tanto más parecidas a la responsabilidad de mando como la entiende el derecho internacional. No obstante, hay unos elementos comunes, como la posición de garante.

La sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, empleo la figura de la coautoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, tal y cómo lo definía Vargas Lancheros³¹, en la sentencia contra el Cnel. Plazas Vega³². En aquella ocasión se estableció que una orden ilegal no convierte a la organización en ilegal (como las F.F.M.M) sino que se debe establecer probatoriamente que los dirigentes se han valido de su jerarquía y control sobre sus subordinados para cometer el delito. Es curioso que el argumento principal de la Corte es que la organización de poder debe ser al margen de la ley y que el ejército no lo puede ser³³.

29 Acto Legislativo 2 de 2001. Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución. Diciembre 31 de 2001. D.O. N° 44663.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

31 Ver definición en la tercera página.

32 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso 38957 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, 16 de diciembre de 2015)

33 En esta sentencia podemos observar que no se aplicó la responsabilidad de mando en los términos del derecho internacional, y que bajo la figura de la autoría mediata en organizaciones de poder se toman en cuenta otros elementos que llevaron a la absolución. Cabe preguntar qué figura se debe aplicar en estos casos y cuál es su alcance.

Destaca también lo ocurrido con el General Uscátegui³⁴, por el tristemente célebre caso de Mapiripán. En esa providencia la Corte determinó que si bien Uscátegui no tenía mando operaciones sobre el batallón que no fue a detener la masacre, si tenía el deber de informar al superior encargado para que tomara las acciones pertinentes. La Corte estimó que el procesado tenía en ese caso posición de garante, lo que lo hace responsable.

Esta posición de garante de los militares la desarrolla la Corte Constitucional³⁵, donde señala que el hecho de que exista una relación de subordinación existe la obligación de tomar medidas 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 funcional.

Coinciden los operadores judiciales, en que hay una posición de garante de la cual se desprende responsabilidad de los superiores. El Tribunal Superior de Justicia Militar, le dio una aplicación enmarcada en la jurisprudencia citada a miembros de la Policía Nacional³⁶. Estas aplicaciones se aproximan más a la noción de responsabilidad de mando, pero este concepto no se aplica directamente por parte de la jurisprudencia, puesto que no está consagrado como una forma de responsabilidad en la normatividad penal.

Por ello, hay que recurrir a figuras que pueden resultar insuficientes, como la autoría mediata, debido a que no se aplica la responsabilidad de mando aún con el elemento omisivo en la conducta.

2.2. PRINCIPALES JURISPRUDENCIAS INTERNACIONALES

Según Pérez León³⁷, no fue en Nuremberg donde hubo aplicación de la responsabilidad de mando, sino en los Tribunales de Tokio, donde se condenó a militares y a civiles por no prevenir ni sancionar las atrocidades cometidas por sus subordinados³⁸.

34 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso 35113 5. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, de junio de 2014)

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU- 1184 de 2001. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

36 Tribunal Superior Militar y Policial. Cuarta Sala de Decisión. Sentencia del 29 de septiembre de 2017. M.P. My(R). Jose Liborio Morales Chinome.

37 Juan Pablo Pérez-León Acevedo. *International Law Review*, Colombia. *Derecho Int.* Bogotá (Colombia) N. 10: 153-198, noviembre de 2007.

38 Corte Suprema de Estados Unidos. *Yamashita vs. United States*. 1946.

La CPI cuando analizó por primera vez el concepto de *Superior Responsibility*, señaló desde el derecho internacional consuetudinario se requiere para que se configure la responsabilidad de mando que (i) haya relación jerárquica superior-subordinado; (ii) que el superior conozca o deba conocer los crímenes; (iii) y que el superior falle en la prevención, detención o castigo del crimen³⁹. Esto además de los elementos ya señalados por la CPI.

Entre múltiples decisiones de tribunales internacionales a las que nos podemos referir (tribunales *ad hoc* de Ruanda y la ex Yugoslavia, sentencias de la CIDH en Guatemala, Colombia, etc.), es vital referirse a la proferida por la CIDH⁴⁰ en el caso de Mapiripán. Allí, donde con base a una de las sentencias nacionales citada, se condenó al Estado por la omisión y colaboración que tuvo con los perpetradores de la masacre.

En este caso, la responsabilidad derivada del mando militar, una vez determinada por los tribunales nacionales, obligó al Estado a responder por los delitos causados. Podemos ver entonces, la relevancia que toma esta figura en tribunales internacionales, al punto de obligar Estados por las conductas u omisiones de sus agentes superiores.

3. RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO

3.1. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ACUERDO DEL 24 DE AGOSTO DE 2016

En el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto celebrado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP antes de ser refrendado, buscaba aplicar la responsabilidad de mando en los términos del Estatuto de Roma, tanto para miembros de la fuerza pública como para los entonces guerrilleros.

En este primer acuerdo⁴¹ se estableció en el párrafo 44 del acápite de la Jurisdicción Especial para la Paz, que el tratamiento diferenciado para agentes del Estado se hará acorde a los principios del DIH. También señala que en ningún caso la responsabilidad de mando se basará *exclusivamente* en el rango o

39 International Criminal Court. Situation In The Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V. Jean Pierre Bemba Gombo. 20 April 2009.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de *la masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de septiembre 5 de 2005.

41 Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 24 de agosto de 2016. (Primer acuerdo)

jerarquía, sino por el control efectivo, el conocimiento de las conductas y las medidas para prevenir e investigar lo ocurrido.

El párrafo 59 se refiere al trato para los miembros de las FARC-EP. Dice prácticamente lo mismo que para los agentes del Estado, con la adición de que se hará con base no solo el DIH, sino además el derecho internacional de derechos humanos y el derecho penal internacional (DPI).

3.2. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ACUERDO DEL 12 DE NOVIEMBRE DE 2016

Con la victoria del No en el plebiscito, se tuvieron que renegociar apartados del acuerdo, lo que condujo a que hubiera múltiples modificaciones en el texto del acuerdo⁴², estando entre ellas los dos párrafos citados en el punto anterior.

Respecto de los agentes del Estado, se dejó el párrafo original, pero se le adicionó un inciso, que entró a definir qué se entiende por *control efectivo* de la conducta. Señala el inciso que se trata de la posibilidad *real* de ejercer control sobre sus subalternos, y remite directamente al artículo 28 del Estatuto de Roma.

Para los miembros de las FARC-EP, se mantiene íntegramente el párrafo 59 y se adiciona el mismo inciso que se adicionó para los agentes del Estado.

3.3. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LA JEP

Como ya se señaló, en ambos acuerdos se habla de la responsabilidad de mando en la parte de las víctimas, más puntualmente, en el acápite de la Justicia Especial para la Paz (JEP). En principio, y esto es abierto a discusiones, el Acuerdo se enmarca en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra⁴³.

Ahora, al ordenamiento colombiano estos contenidos entran a través de los diferentes mecanismos que trae la constitución. Es el caso, del Acto Legislativo⁴⁴ que trae el marco general de la JEP, se refiere en su artículo 24 a la responsabilidad de mando.

42 Nuevo Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto Y La Construcción De Una Paz Estable Y Duradera. 12 de noviembre de 2016.

43 Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Artículo. 3. Agosto 12 de 1949

44 Acto Legislativo 1 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.196 de 4 de abril de 2017.

Hay pues, 3 referencias a la responsabilidad de mando para el post conflicto, que son el Estatuto de Roma, el Acuerdo Final y el Acto Legislativo. Sin embargo, no coinciden del todo.

Lo más relevante, es que el artículo 24 del acto sólo se refiere a los agentes del estado, lo que es de entrada restrictivo y en palabras del profesor Bernal Pulido⁴⁵, podría sustituir la constitución. Pero no es tan preocupante como el hecho de que hace imperiosa la normativa legal respecto del DIH y el DPI, que pone como ley especial y subsidiarias a la legal.

Esto es no solo complicado sino peligroso, porque como ya vimos, en la normatividad no se contempla y en la jurisprudencia nacional no se aplica la responsabilidad de mando de forma directa, sino generalmente como coautoría mediata en organizaciones de poder, lo que puede llevar a que haya absoluciones cuando había responsabilidad.

También difieren en tanto al control que deben tener los superiores, que en el Estatuto de Roma se trata de un control efectivo sobre las tropas, mientras que en el Acto y en el Acuerdo el control recae sobre las conductas delictivas.

Pero ello no significa *per se* que la norma sea inconstitucional respecto del Estatuto, puesto que la Corte⁴⁶ determinó que pueden existir discrepancias entre este y el ordenamiento. Lo que si hay que señalar, es en su aplicación diferenciada y las discrepancias sustanciales de sus conceptos (como el hecho de que el acto ponga 4 hechos que tienen que concurrir para que se configure), puede eventualmente hacer que la CPI tome cartas en el asunto si Colombia no cumple con sus obligaciones internacionales en materia de justicia.

4. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ DESDE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO

La CPI no tiene una competencia inmediata sobre los delitos de su conocimiento que ocurran en Colombia. El eje medular de la competencia de la Corte es el principio de complementariedad⁴⁷ de las jurisdicciones penales nacionales.

45 Bernal Pulido, Carlos. *La Responsabilidad de Mando*. Ámbito Jurídico, noviembre 9 de 2017.

46 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 578 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

47 Estatuto de Roma. Artículo 1, 17, 19 y 20.

Este principio de complementariedad entiende que son los Estados parte los que tienen la acción penal contra quienes cometan los delitos de su conocimiento. No obstante, como bien señala la Corte Constitucional⁴⁸, la CPI puede intervenir cuando el Estado parte no quiera o no pueda llevar a cabo la acción penal.

La Corte además establece la temporalidad de su competencia, en tanto sólo conocerá de ciertos crímenes⁴⁹ y con posterioridad al reconocimiento del Estatuto por parte del Estado⁵⁰. Esto es relevante tomando en cuenta que, de un conflicto de 50 años, sólo llegarían al derecho penal internacional los cometidos después de 2002. Tendría además que iniciarse una investigación por parte del fiscal, remitir por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad para que la Corte tenga competencia.

Por otro lado, la JEP tiene competencia para los crímenes con ocasión del conflicto cometidos antes de 2016, lo que significa que solo existe competencia de ambos en los crímenes entre 2002 al 2016.

Ahora bien, la CPI tiene las manos atadas respecto de la JEP, puesto que esta sólo sería competente para intervenir si se configura alguno de los elementos de su competencia y admisibilidad. Por lo tanto, si encuentra que el proceso no cumple los estándares internacionales de Justicia que ella misma impone⁵¹, y sólo en ese caso, podría intervenir para sancionar a los responsables.

Ahora, es importante resaltar un hecho que ya mencionamos, y es la forma como se trata la responsabilidad de mando en la JEP. Como ya advertimos, al momento la responsabilidad de mando aplicaría solamente para los agentes del Estado, lo que significa que el artículo 28 del Estatuto de Roma sólo tendría efectos sobre una de las partes (y eso) y que los crímenes cometidos quienes hacían de jefes en la estructura de las FARC-EP no tendrían más tratamiento mayor que el que da el derecho interno.

Esto último lleva directamente a otro hecho relevante sobre el trato de la JEP, y es el de la prevalencia del derecho interno. Reitero, como se ha venido desarrollando en todo este trabajo, la concreción del concepto y la aplicación

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

49 Ibidem.

50 Ibidem.

51 Ibidem. En competencia y admisibilidad ver particularmente los artículos 17, 19 y 20 del Estatuto de Roma.

de la responsabilidad de mando en Colombia no es del todo acorde a la que se ha hecho de forma internacional, desde su reconocimiento mismo en el ordenamiento.

Por ello, si se toma como fundamento para aplicar la responsabilidad de mando la normatividad nacional, podrá haber una aplicación incompleta o la aplicación de figuras distintas a las del artículo 28, lo que podría eventualmente configurar competencia para que intervenga la CPI.

CONCLUSIONES

En primer lugar, si bien el concepto de responsabilidad de mando en el ordenamiento jurídico colombiano toma sus fuentes principalmente del derecho internacional y en el derecho militar disciplinario, se logró evidenciar algunos antecedentes que guardaban bastante proximidad con el concepto contemporáneo.

En segundo lugar, observamos que, como consecuencia de la falta de consagración de esta figura en el derecho penal interno, los jueces tienen que recurrir a otras figuras para imputar a los superiores por los delitos de los superiores. Esto se suma al hecho de que, si bien se contempla como una causal de exculpación el seguir una orden de autoridad competente, se mantiene un vacío normativo para poder imputar penalmente a quien emitió la orden o quien no hizo nada frente al delito.

Ejemplo de lo anterior, son los casos en los cuales hay un delito omisivo, que a la luz de la normativa configurarían responsabilidad de mando, pero que ante la ausencia de una figura que atribuya tal responsabilidad, se ha llegado incluso a absolver.

En tercer lugar y con este panorama, el concepto de responsabilidad de mando se consagra de formas distintas en el Acuerdo Final, la JEP y el Estatuto de Roma. Esto significa que en el proceso de justicia transicional no comparte íntegramente lo que en el DPI se ha desarrollado.

Partiendo de lo anterior, el hecho de que se de preferencia en el trato de quienes estén en el proceso de JEP al ordenamiento interno, dificulta que se aplique efectivamente la responsabilidad de mando. Esto tiene como consecuencia, entre muchas cosas, que los superiores que dieron órdenes de cometer crímenes atroces puedan salir impunes.

Este último hecho, corrobora nuestra tesis de que, en estrictos términos, si la CPI considera a su juicio que la responsabilidad de mando no se está aplicando

de manera correcta, podría intervenir, declarar su competencia y admitir procesos contra personas acogidas al Acuerdo.

En ese escenario, si la CPI llegara a intervenir, se pondría en tela de juicio ante la opinión pública la solidez del proceso, afectaría la reinserción social y democrática de los desmovilizados y todo lo que se ha hecho para llegar hasta donde se ha avanzado.

Es vital para la consecución de la paz, como anhelo generalizado de los colombianos, el atribuir las responsabilidades por los hechos ocurridos en la guerra tanto para los actores subversivos como para los constitucionalmente legitimados. Los oficiales y suboficiales como comandantes del actuar de la fuerza pública deben tener un régimen de responsabilidad por las actuaciones de sus subordinados derivadas de sus órdenes.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Penal Militar [CPM]. Ley 1407 de 2010. Por el cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial 47804 de agosto 17 de 2010
- Código Disciplinario Militar [CDM]. Ley 1862 de 2017. Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar. Diario Oficial No. 50.315 de 4 de agosto de 2017
- José Álvaro Vargas Lancheros. Aproximaciones al Delito de Omisión en las Fuerzas Militares. Pág. 215 y siguientes. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Segunda Edición. Bogotá (2014).
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas 1998.
- Acto Legislativo 2 de 2001. Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución. Diario Oficial 44663 del 31 de diciembre de 2001.
- Federico Andreu-Guzmán. Fuero militar y derecho internacional. Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia, 2003.
- Jean Carlo Mejía Azuero. La Corte Penal Internacional y las Fuerzas Armadas de Colombia. Una mirada desde la trincheras. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición, 2006.
- Constitución Política de Colombia. 5 de agosto de 1886.
- Ley 84 de 1931. De Justicia Militar. Julio 21 de 1931 Diario Oficial N° 21744.
- Decreto 1125 de 1950 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el nuevo Código de Justicia Penal Militar. Mayo 10 de 1950. Diario Oficial N°27308.
- Decreto 2550 de 1988 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el nuevo Código de Justicia Penal Militar. Diciembre 10 de 1988. Diario Oficial N°38608.
- Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. B. O.E. N°247. España.
- Ley 14029. 16 de Julio de 1951. Argentina

- Leonardo Filippini & Karina Tchrian. El nuevo sistema de Justicia Militar Argentino. Pág. 1191 Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. Buenos Aires, Abedelo Perrot. (2009)
- Código Orgánico De Justicia Militar de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998 Pérez-León
- Acevedo, Juan Pablo. International Law Review, Colombia. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N. 10: 153-198, noviembre de 2007.
- Acto Legislativo 2 de 2001. Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución. Diciembre 31 de 2001. D. O. N° 44663.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 2002. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso 38957 (M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, 16 de diciembre de 2015)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso 35113 5. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, de junio de 2014)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1184 de 2001. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)
- Tribunal Superior Militar y Policial. Cuarta Sala de Decisión. Sentencia del 29 de septiembre de 2017. M.P. My(R). Jose Liborio Morales Chinome
- Corte Suprema de Estados Unidos. Yamashita vs. United States. 1946.
- Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. 24 de agosto de 2016.
- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Artículo. 3. agosto 12 de 1949
- Nuevo Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto Y La Construcción De Una Paz Estable Y Duradera. 12 de noviembre de 2016
- Acto Legislativo 1 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.196 de 4 de abril de 2017
- Bernal Pulido, Carlos. La Responsabilidad de Mando. Ámbito Jurídico, noviembre 9 de 2017.