

## La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana\*

The responsibility for authority  
in Colombian transitional justice

Recibido: Marzo 01 de 2017 - Evaluado: Julio 30 de 2017 - Aceptado: Noviembre 21 de 2017

Henry Torres Vásquez\*\*

### Para citar este artículo / To cite this article

Torres Vásquez, H. (2018). La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 137-162.

**Resumen:** Este artículo con un método de análisis de síntesis, clarifica la responsabilidad por el mando de acuerdo con el Derecho Penal Internacional y determina la posibilidad de establecer ese tipo de responsabilidad en un modelo de justicia transicional como el utilizado actualmente en Colombia; además se indican los requisitos que se deben tener en cuenta y se puntualiza en los sujetos a quienes se aplicaría la responsabilidad por el mando.

Para lograr ese objetivo, específicamente se acude al análisis de las teorías que permiten adjudicar responsabilidad penal individual por la comisión de conductas punibles en escenarios de conflicto armado como el sucedido en Colombia. Se analiza la posible

---

\* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto derivado del proyecto de investigación “La responsabilidad del mando en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en Colombia” dentro del Grupo de Investigación “Primo Levi” categoría C de Colciencias, de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

\*\* *Doctor* en Sistema penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral: análisis del terrorismo de Estado, máxima calificación “Cum Laude” por unanimidad, 2008. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en derecho en España. Par académico e investigador Asociado (I) de Colciencias. Profesor de planta de Derecho penal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia de Tunja Boyacá.

Correo electrónico: henry.torres01@uptc.edu.co.

aplicación a máximos responsables en aras de evitar la impunidad rampante que durante décadas ha existido en este país, por graves crímenes internacionales ocurridos en medio del conflicto armado.

Se concluye que se puede determinar que existe una amplia posibilidad de impunidad de los crímenes efectuados por los superiores frente a las conductas cometidas especialmente por omisión; se estipula que para evitar la impunidad lo ideal es que existan sanciones adecuadas de acuerdo tanto a la verdad que se demuestre como la gravedad de esta, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los tribunales Adhoc y de la Corte Penal Internacional.

**Palabras clave:** Responsabilidad del mando; Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en Colombia, Artículo 28 del ERCPI.

**Abstract:** This article with a synthesis analysis method clarifies the responsibility for the command in accordance with international criminal law and determines the possibility of establishing that type of responsibility in a transitional justice model such as the one currently used in Colombia. Besides they must take into account and specify in the subjects to whom the responsibility for the command would be applied.

In order to achieve this objective, it specifically refers to the analysis of the theories that allow assigning individual criminal responsibility for the commission of punishable conducts in scenarios of armed conflict such as the one in Colombia. The possible application to the responsible ones is analyzed in order to avoid the rampant impunity that has existed for decades in this country, due to serious international crimes that occurred in the middle of the armed conflict.

It is concluded that it can be determined that there is a wide possibility of impunity for the crimes committed by the superiors against the behavior committed especially by omission; it is stipulated that to avoid impunity, the ideal is that there should be adequate sanctions according to both the truth that is proven and the seriousness of it, taking into account the jurisprudence of the Adhoc and the International Criminal Court.

**Keywords:** Command responsibility; Comprehensive system of truth, justice, reparation and non-repetition in Colombia, Article 28 of the ERCPI.

**Resumo:** Este artigo com um método de análise de síntese esclarece a responsabilidade de comando de acordo com o direito penal internacional e determina a possibilidade de estabelecer uma responsabilidade em um modelo de justiça transicional como usado atualmente na Colômbia; além de descrever os requisitos que devem ser considerados e pontos em indivíduos que se aplicaria a responsabilidade de comando.

Para alcançar esse objetivo, vamos utilizar especificamente à análise das teorias que permitem a atribuição de responsabilidade criminal individual para a Comissão de punível em cenários de conflito, como aconteceu na Colômbia. Além de discutir a possível aplicação mais responsável a fim de evitar a impiedade galopante que existiu neste país, para crimes internacionais graves ocorridos no meio do conflito armado por décadas.

Conclui-se que se pode determinar que há uma grande possibilidade de impunidade para os crimes realizados pelo comportamento frontal superior especialmente cometido por omissão; estabelece que, para evitar a impunidade idealmente lá estão sanções adequadas, de acordo, tanto para a verdade que é provado como a gravidade, tendo em conta a jurisprudência dos tribunais ad hoc e o Tribunal Penal Internacional.

**Palavras chave:** a responsabilidade de comando; sistema integral de verdade, de Justiça, de serviço e de não-repetição na Colômbia, artigo 28.º do ERTPI

**Résumé:** Cet article, qui utilise une méthode d'analyse sommaire, clarifie la responsabilité du commandement conformément au droit pénal international et détermine la possibilité d'établir ce type de responsabilité dans un modèle de justice transitionnelle tel que celui actuellement utilisé en Colombie ; il indique également les exigences qui doivent être prises en compte et précise les sujets auxquels la responsabilité du commandement serait applicable.

Pour atteindre cet objectif, il recourt en particulier à l'analyse des théories qui permettent d'attribuer la responsabilité pénale individuelle pour la commission de comportements punissables dans des scénarios de conflit armé tels que celui qui s'est produit en Colombie. Il analyse la possibilité de l'appliquer aux principaux responsables afin d'éviter l'impunité galopante qui existe depuis des décennies dans ce pays pour les crimes internationaux graves qui se sont produits au beau milieu du conflit armé.

Il conclut qu'il existe une large possibilité d'impunité pour les crimes commis par des supérieurs contre des comportements commis notamment par omission ; il est stipulé que pour éviter l'impunité, il est idéal d'avoir des sanctions adéquates en fonction de la vérité prouvée et de la gravité de la vérité, compte tenu de la jurisprudence des tribunaux ad hoc et de la Cour pénale internationale.

**Mots-clés:** responsabilité du commandement ; système global de vérité, justice, réparation et non-répétition en Colombie, article 28 du SRCPI.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - 1. Contexto. - 2. La responsabilidad por el mando. - 3. La responsabilidad por el mando en la justicia de transición en Colombia. - 4. El máximo responsable. - 5. El principio de legalidad en relación con la responsabilidad por el mando. - Conclusiones. - Referencias.

## Introducción

La responsabilidad por el mando (RPM) ha sido objeto de análisis en todos los modelos y en la dogmática penal contemporánea; sin embargo, no hay una construcción dogmática que permita aclarar cómo establecer la responsabilidad penal cuando esta hace parte de un sin número de conductas punibles ocurridas con ocasión o en desarrollo de un conflicto armado. Este aspecto es preocupante

ya que instituir la responsabilidad penal en un país donde las bases doctrinarias y jurisprudenciales están dadas mayoritariamente del derecho internacional no es una cuestión fácil de lograr; específicamente, adaptar la jurisprudencia de tribunales *ad hoc* o de la Corte Penal Internacional (CPI) en el contexto colombiano y lograr definir la responsabilidad penal de carácter individual en medio de un conflicto armado, en el que los autores de miles de crímenes han sido actores armados de las guerrillas de grupos paramilitares, de grupos armados organizados y de agentes estatales, plantea un reto de gran envergadura.

Es sabido que la responsabilidad penal individual ha pasado por la aplicación de conformidad con teorías que incluso han sido cambiantes, cuestión obvia ya que el derecho penal no es pétreo. La responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Internacional -específicamente aquella responsabilidad individual por hechos criminales de naturaleza colectiva-, tal como efectivamente son, recae sobre conductas criminales efectuadas con ocasión y en desarrollo de los conflictos armados ya sean internacionales o no, es a todas luces un reto en la jurisdicción especial para la paz.

No obstante, que esta jurisdicción creada recientemente (2017 y que en 2018 se empezará a aplicar), comprende una justicia de transición es decir una justicia de tipo restaurativo, tiene un componente penal, ya que los tipos penales sobre los cuales se efectúa el proceso de adecuación típica son los consagrados en el código penal, esto obliga a tener en cuenta la autoría y participación establecida en los artículos 29 y 30 del actual código penal colombiano (Ley 599, 2000). Empero, hay que destacar que las sanciones son totalmente diferentes.

En esta dirección, el análisis de autores y partícipes está prevista para la criminalidad en la que se puede fundar responsabilidad penal en individuos u organizaciones que si bien cometen conductas en una enorme proporción, esa responsabilidad penal, dada la dimensión de los crímenes cometidos por los diversos grupos armados en Colombia, no se efectúa de tal manera que se establezca responsabilidad penal teniendo en cuenta el contexto del conflicto armado no internacional sucedido en este país. Al no existir doctrina y jurisprudencia interna que permita solventar la criminalidad en extenso (que se efectuó con ocasión o en desarrollo del conflicto), se debe recurrir a una amalgama de todas aquellas bases doctrinales y jurisprudenciales que provienen especialmente del derecho penal internacional. La adaptación de estas, es ciertamente una transformación que tenga en cuenta los incontables factores que intervienen en la comisión de conductas punibles, determinar los más básicos lineamientos dogmáticos que conlleven como establecer la responsabilidad penal individual, y como evitar impunidad frente a graves crímenes ocurridos en un conflicto armado, es decir, como lograr compatibilizar el castigo a la criminalidad

a gran escala en medio de una justicia transicional, que por supuesto tiene otros fines. Pero en las que no se puede obviar el derecho penal. Esto requiere centrarse en el principio de legalidad interno e internacional, ya que, al actuar bajo el imperio del principio de legalidad, se evita, por un lado, aplicaciones o adecuaciones típicas restringidas o amplias y sobre todo la ambigüedad en la interpretación y por el otro, no quedan dudas acerca del apego a la Constitución, la ley y el derecho penal internacional.

Señalar la responsabilidad penal “más allá de toda duda razonable”, como ocurre en el derecho penal interno, no es sencillo de llevar a cabo en los procesos que son objeto de este análisis, pues en el derecho penal internacional, todo esto basado en una justicia de corte restaurativo. Los “puristas” del derecho penal no creerán en que se pueda hacer una fusión en condiciones adecuadas; mientras que los defensores de la justicia de transición, muy seguramente, defenderán su sistema de sanciones (que no de penas, que son propias del derecho penal). Compatibilizar estas visiones y acciones de hacer justicia y especialmente, satisfacer sus egos hace de este aspecto el problema a resolver en un medio como el colombiano, muy polarizado.

En esas condiciones la responsabilidad penal individual en contexto de conflicto armado no es una cuestión fácil de determinar en razón a las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que los crímenes han ocurrido. Es de significativa importancia para todo el sistema, no solo responder a las voces sociales de justicia, si no por otro lado por igual importancia, garantizar el principio de legalidad en toda su extensión. Por las razones expuestas doctrina y jurisprudencia internacional brindan a partir de un entendimiento del derecho positivo, una serie de responsabilidades penales en las que, con cierto rigor científico, se acuerda diferenciar entre autores y partícipes en una conducta criminal. En esta condición la responsabilidad individual en el Derecho Penal Internacional intenta definir estos aspectos.

En Colombia las teorías para constituir la responsabilidad penal individual en crímenes cometidos en medio del conflicto armado no internacional son difusas y en ellas se acoge el dominio del hecho.

Vale la pena destacar que en medio del conflicto armado en Colombia hubo miles de crímenes cometidos por todos los actores armados, no obstante ser crímenes extremadamente graves de conformidad con el derecho internacional, numerosos de estos crímenes, están en la impunidad. Especialmente, porque en las investigaciones se acoge que la responsabilidad por el mando tiene relación directa con la obediencia debida, aspecto que conlleva que el sujeto activo sea eximido de la responsabilidad penal.

## Problema de investigación

En este contexto es importante preguntarse: ¿En medio de la justicia transicional colombiana, como se puede castigar a quienes en calidad de máximos responsables han cometido graves crímenes de naturaleza internacional?

## Metodología

Para dar solución al problema, la metodología utilizada se basa en la hermenéutica jurídica y en el análisis-síntesis bibliográfico, descriptivo y comparativo de fuentes jurisprudenciales y doctrinales que han desarrollado desde el contorno internacional y nacional la responsabilidad por el mando y la justicia transicional.

## Plan de redacción

1. Contexto. - 2. La responsabilidad por el mando. - 3. La responsabilidad por el mando en la justicia de transición en Colombia. - 4. El máximo responsable. - 5. El principio de legalidad en relación con la responsabilidad por el mando. - Conclusiones.

### 1. Contexto

La criminalidad es cada vez más amplia y es mucho mayor la impunidad que provocan sus acciones; la situación adquiere más complejidad cuando se trata de una criminalidad organizada, estructurada, permanente y legitimada. Esta criminalidad además de pasar inadvertida suele provenir –en situaciones de conflictos armados- de quien debiera proteger y ser el garante de la sociedad, esto es el Estado.

Durante la existencia del conflicto armado en Colombia hubo instantes de gran crisis, es decir momentos en los que se agudizó el conflicto. Si se analizan el momento más álgido del conflicto sufrió se puede argumentar que fue durante los gobiernos de Uribe Vélez donde en mayor medida hubo violación a DDHH al DIH y en general una permanente violación a derechos fundamentales. Este aspecto de múltiples asesinatos selectivos, ejecuciones extrajudiciales, masacres, y diversas formas de estigmatización y eliminación de los detractores del gobierno se dio como resultado de la ejecución de la llamada “Política de Seguridad Democrática” diseñada por el presidente de la época Álvaro Uribe Vélez en el año 2002.

El apoyo de los medios de comunicación masiva permitió comprender de otra forma, por supuesto “maquillada” de un plan de terror y de terrorismo de

Estado que ocasionó millares de muertos a manos de agentes del Estado o de particulares con su consentimiento.

Estos medios de comunicación mostraban de forma espectacular las acciones contra las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (Farc-Ep) o del Ejército de Liberación Nacional (ELN); no obstante en numerosos casos estos “golpes contundentes” solamente eran ejecuciones de campesinos inermes o de gentes de escasos recursos los cuales eran “disfrazados” de integrantes de las guerrillas los cuales eran mostrados sus cadáveres como guerrilleros abatidos en combate. En ese aspecto, los que efectuaban la acción criminal (mostrados como héroes que de manera intrépida estaban derrotando a la insurgencia narcoterrorista, termino con que la solían llamar positivos); de ahí surgió el termino positivo, eufemismos con que al interior del ejército se denominaban los resultados que no eran vistos como acciones criminales estatales sino una acción legal dentro de la batalla para conseguir derrotar al enemigo el cual según opinión mediática generalizada era la fuente de todos los males de Colombia, estos eran las guerrillas. Los periódicos han señalado, por ejemplo, que “21 militares fueron condenados por los delitos de desaparición forzada, concierto para delinquir agravado y homicidio agravado” (El Espectador, 2017).

A pesar de ser miles de casos, ante lo cual fueron removidos de sus cargos 27 militares (Zuleta Lleras, 2009, pág. 56), estos han sido considerados por los altos mandos militares y de gobierno como “conductas individuales inapropiadas” (Torres Vásquez, 2015, pág. 146).

En consecuencia no es errado señalar que en Colombia y a raíz del conflicto armado sucedido entre grupos de guerrillas y el Estado se puede hablar de un terrorismo de Estado, tal como ha indicado Torres esta situación ha sido recurrente bajo el sofisma de perseguir a terroristas en ellas “se ha hecho uso de numerosos actos atroces que violan no solo el DIH sino los DDHH, especialmente se ha hecho uso de las acciones por fuera del marco legal como desapariciones forzadas, masacres etc.” (Torres Vásquez, 2015, pág. 207), esta afirmación tiene total asidero cuando decisiones de tribunales como la CIDH han condenado al Estado colombiano, en variadas ocasiones por la comisión de crímenes que afectan al derecho internacional, más exactamente a bienes jurídicos del orden internacional, por ejemplo, por la comisión por parte agentes del Estado o de particulares con la anuencia de aquellos de crímenes de lesa humanidad.

Si bien es loable que, con esas sentencias, se intente evitar la impunidad, ciertamente el castigo ha sido al Estado, no ha sido para los penalmente responsables quienes hasta ahora en su enorme mayoría están en la impunidad.

La responsabilidad por el mando hace parte del derecho internacional el cual en materia penal permite castigar al superior por acción y especialmente por omisión, su responsabilidad es por haber participado o sin haberlo hecho tenga que responder penalmente. Inicialmente estaba dirigido para ser aplicado a los jefes militares en relación con las conductas criminales cometidas por sus subalternos.

Ahora bien, en el derecho penal internacional actualmente se amplía el concepto de responsabilidad por el mando, señalándose como la figura del superior como aquella autoridad o jefe que no tiene el mando o control efectivo en el momento de los hechos, aunque sí ocupa una posición superior (por empleo, cargo o función) (Faraldo Cabana, 2012). En este sentido, apunta Kai Ambos, “El concepto de responsabilidad de mando -o mejor dicho, de responsabilidad del superior, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros”. (Ambos, 2002, pág. 527). Es evidente que el superior tiene que tener una obligación legal, de la cual se puede extraer la responsabilidad penal. En cualquier caso, es necesario que entre las competencias del superior se encuentre la de adoptar medidas para evitar la comisión de delitos por los subordinados y como bien señala Faraldo Cabana “que en concreto estuviera en condiciones de adoptar las, en particular porque era conocedor de que se iban a cometer o ya se estaban cometiendo, pues con otro entendimiento no se podría justificar que se le impusiera la misma pena que a los autores en la modalidad de no impedir la comisión de delitos” (Faraldo Cabana, 2012).

En lo que sigue se alude a que conceptualizar la responsabilidad penal de manera genérica y la responsabilidad penal por el mando en la jurisprudencia internacional y a su origen; al concepto de máximo responsable y como establecer la responsabilidad penal individual en medio de la justicia transicional colombiana.

El primer reconocimiento en una norma de la responsabilidad penal internacional tuvo lugar en el tribunal de Núremberg de 1946, luego una postura similar se acogió con la necesidad de individualizar el castigo en el tribunal para el lejano oriente de Tokio en 1946, de igual manera en el tribunal que juzgó los crímenes efectuados en la ex Yugoslavia en 1993, Ruanda en 1996, Sierra Leona en 2002, Irak 2003 y en el Líbano en 2005. Estos tribunales *Ad hoc* tenían una competencia sobre graves crímenes de naturaleza internacional, tales como infracciones al DIH, genocidio y lesa humanidad.

Parte de la discusión se centra en castigar por acción e inclusive por omisión las conductas de los superiores, si bien buen parte de las decisiones tomadas en el

derecho internacional han dejado en la impunidad miles de crímenes cometidos por los jefes o los superiores, la verdad es que en la actualidad, de acuerdo con el derecho penal internacional existe la posibilidad de que el superior responda penalmente por acción y por omisión, por acción cuando el superior de una orden a un subordinado de cometer un crimen y por omisión cuando el subordinado cometa delitos y el superior no los haya querido o podido evitar.

Así pues, es ineludible castigar a los jefes cuando estos ideen, planifiquen, dirijan, ordenan o preparen el delito; pero también es necesario que ese castigo se extienda a la omisión siempre que se den los siguientes requisitos:

1. Una relación legal entre el superior y el subordinado.
2. El superior hubiera o debiera haber tenido conocimiento o debiera conocer que el subordinado iba o cometió un crimen.
3. Que el crimen cometido haya sido sobre su jurisdicción.
4. Que no hubiere tomado medidas para evitarlo.

Siempre que se habla de la responsabilidad penal del mando se parte del principio que toda fuerza militar debe tener un mando responsable de sus subordinados.

El artículo 28 del ERCPI especifica que el superior es responsable penal por las conductas punibles efectuadas por sus subordinados cuando se prueben los aspectos objetivos y subjetivos (Estatuto de Roma, 1998).

El aspecto objetivo es el *actus reus* por medio del cual tiene que existir un vínculo jurídico de *Iure* o de *Facto* entre el superior y el subordinado. Además, debe existir un mando y control efectivo.

En cuanto a lo subjetivo el *mens rea*, que el superior hubiere sabido o en relación con las circunstancias del momento debiese saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo un crimen o se proponían a cometerlo. De ese modo, el superior responde penalmente por tener conocimiento directo o por no inferir lo que estaba pasando.

Existe RPM tanto en la fuerza pública (en Colombia ejército y policía) y grupos armados y civiles no armados como es el caso de los que ostentan un poder ejecutivo nacional o local o personas que pertenecen a partidos políticos o sindicato.

En cualquiera de estos tres casos la responsabilidad por el mando se puede dar tanto entre aquellos individuos que tiene autoridad al igual entre quienes tienen mando, pero en cualquier caso tienen que tener control efectivo.

En primer lugar, se establece la responsabilidad penal del mando ya sea castrense o civil, caso en el que el superior tiene que tener control efectivo.

En cuanto al control efectivo, este ha sido señalado en el Estatuto de Roma en su artículo 28, el cual ya había sido objeto de análisis en la jurisprudencia del TPIY en decisión respecto al caso Celebici se dijo:

Que el control efectivo es específicamente del “(i) superior al subordinado, no a la conducta cometida y (ii) es efectivo si el superior tiene la capacidad para prevenir o castigar la conducta criminal de su subordinado” (Caso No. IT-96-21-T, 1998).

La discusión se centra en el concepto “control efectivo” en la responsabilidad del mando, este concepto es propio del derecho internacional en el que se establece una relación entre el subordinado y el superior. Ahora bien, en el Acuerdo del teatro Colón entre el gobierno colombiano y las Farc-Ep, el “control efectivo” equivale a establecer una relación entre el superior y el crimen cometido, es decir se tipifica la conducta cuando se logra probar la relación de causalidad entre el superior y la conducta cometida o cuando el superior no ha ejercido un control apropiado sobre sus fuerzas.

## 2. La responsabilidad por el mando

También se denomina responsabilidad del superior, Kai Ambos dice que es aquella “responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos” (Ambos, 2002).

El artículo 87 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, señala: Artículo 87 - Deberes de los jefes:

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

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

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad

van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que 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” (Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, 1977).

De acuerdo con el Derecho Penal Internacional, se puede considerar una persona penalmente responsable por los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio en los que hayan actuado como autor y participe, al igual si lo ha sido por acción o por omisión.

Por su parte el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal para Yugoslavia (TPIY) determina:

“Artículo 7. Responsabilidad penal individual

1. Quiquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.

2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.

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

4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia” (Resolución 827, 1993).

Es evidente que para establecer la responsabilidad penal del superior tal como quedó consagrado en el Estatuto del TPIY, probar que existía una relación entre el subordinado (autor del crimen) y el superior. De igual modo es necesario establecer la cadena de mando para poder determinar la responsabilidad penal del superior acudiendo incluso, a indicios.

Junto a esto es necesario probar que el acusado (el superior) sabía o tenía razones para saber que un crimen se iba a cometer o ya se había cometido. Así mismo cuando el acusado no tomó las medidas para impedir que se cometiera el crimen o castigar a los autores.

El Estatuto del Tribunal Penal para Rwanda (TPR) en su artículo 6, establece que:

“Artículo 6. Responsabilidad penal individual

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.
2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.
3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.
4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional para Rwanda determina que así lo exige la equidad” (Resolución 955, 1994).

Al hablar de responsabilidad penal del mando, y lograr establecer si es responsable el superior de los crímenes de las fuerzas bajo su mando, esta se da cuando se cumplan al menos, las siguientes características:

- A. Un área de responsabilidad en la que exista capacidad material y directa.
- B. Relación con actividades bajo su jurisdicción.
- C. Capacidad legal y material de emitir, modificar, hacer y cumplir órdenes.
- D. Capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro de su área.
- E. Capacidad material y directa para evitar o para reprimir las conductas punibles de sus subordinados, siempre que tenga conocimiento actual o actualizable.

La responsabilidad penal puede ser directa o indirecta, esta responsabilidad abarca los casos en que haya existido omisión, cuando los superiores omitan tomar las medidas oportunas para evitar que sus subordinados cometan graves crímenes contra el Derecho Internacional. Además, abarca aquellas actividades criminales en las que no han contribuido personalmente.

Este tipo de responsabilidad no admite la eximente de órdenes superiores.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia internacional han construido la responsabilidad penal del superior fundamentada en:

1. Sus propias conductas u omisiones.
2. Falla en la prevención respecto a los crímenes cometidos por sus subordinados, cuando debía tener o haber tenido conocimiento respecto a que se cometieron o se iban a acometer crímenes por parte de sus subordinados.

En esta dirección, se puede fijar que los elementos que tiene que cumplir la responsabilidad penal del superior jerárquico, son:

1. Relación entre el superior y el subordinado.
2. El superior de manera imprudente debe saber o ignorar que el subordinado cometió o se proponía cometer una conducta criminal.
3. El superior debe omitir la toma de medidas necesarias para prevenir la comisión de la conducta o bien no hizo la persecución penal.

En aras de determinar la responsabilidad por el mando, debido a esa importancia y al desarrollo de la jurisprudencia internacional sobre la materia, en el artículo 28 del ERCPI se tiene en cuenta el estándar “Tomoyuki Yamashita”, es decir, reconoce el deber de conocimiento que debió tener el superior sobre el actuar de las fuerzas bajo su control.

Yamashita como comandante general del ejército japonés fue condenado por el tribunal especial para el Lejano Oriente en 1946 por crímenes cometidos por sus subordinados en las islas Filipinas.

El estándar Yamashita señala que es responsable el superior en integrantes de la fuerza pública cuando tengan la supervisión y el control de sus subordinados y no limiten las actuaciones criminales de estos (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, 1977).

Con posterioridad, el protocolo adicional 1 de 1977 establece en sus artículos 86 y 87 lo siguiente:

“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 o 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 necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

3. 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.

4. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones” (Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, 1977).

### **3. La responsabilidad por el mando en la justicia de transición en Colombia**

Actualmente la responsabilidad por el mando se encuentra tanto el acto legislativo 01 del 4 de abril del 2017 en sus artículos 21 al 24 y en el proyecto de Ley estatutaria en los artículos 61 y 62.

Dichos artículos aluden a la responsabilidad por el mando, por ejemplo, en la ley Estatutaria se dice:

“La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía”, lo que se esta es aludiendo es a que no puede existir responsabilidad objetiva, tal como lo estipula el artículo 12 del código penal.

Respecto al control efectivo el proyecto de la Ley Estatutaria señala que debe ser sobre la conducta criminal; agregando que se basará “en la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos”.

Hay lugar a aclarar que el artículo 61 de la Ley Estatutaria (aprobada en diciembre de 2017), señala:

“En ningún caso la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía”. En el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017 en el artículo 24 se dice: “En ningún caso la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía o el ámbito de su jurisdicción” (Acto Legislativo 01, 2017).

A su vez en los artículos 61 y 62 se habla de la responsabilidad por el mando de integrantes de las Farc- Ep, así pues, en el artículo 61 dice:

#### 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” (Acto Legislativo 01, 2017).

En este caso Portilla Contreras expone que hay “una participación por omisión de un garante en un hecho ajeno, en el que el subordinado sería el autor material doloso”.

Respecto a los medios a su alcance, Portilla dice que es una omisión propia “no denunciar o promover la persecución del comportamiento ilícito o no sancionar tales conductas delictivas”. (Portilla 2017, p.116 -117)

La responsabilidad por el mando en integrantes de la fuerza pública es posible respecto de las autoridades y del mando, y hace relación respecto a que el factor decisivo es la capacidad fáctica que tiene el superior para influir de forma efectiva en las personas subordinadas.

El artículo 28 a II del ERCPI determina que será responsable el jefe militar o el que actué como jefe militar, de los crímenes de competencia de la CPI, cometidos por sus subordinados, cuando tiene ya sea la autoridad y control efectivo o el mando y el control efectivo (Estatuto de Roma, 1998).

En Colombia parte del mencionado artículo 28 se encuentra estipulado en el artículo 62 de la ley estatutaria el cual dice:

RESPONSABILIDAD POR MANDO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA. Respecto a la responsabilidad de mando de los miembros de la Fuerza Pública, será de aplicación lo establecido en el Acto Legislativo 001 de 2017 que crea el SIVJNR (Acto Legislativo 01, 2017).

Es decir, se aplicará el artículo transitorio 24° de ese acto legislativo, el cual señala:

“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” (Acto Legislativo 01, 2017).

Cuando se alude a la expresión “actualizable” se está haciendo uso del estándar de conocimiento establecido en el derecho internacional.

Existe en este artículo la inclusión del llamado derecho operacional, siendo la posibilidad de eventuales salidas a la responsabilidad penal del superior. Toda vez que, a pesar de no poder ser contrarias al DIH en aplicación del principio de favorabilidad que rige todo el SIVJRNR puede resultar fácil eludir la responsabilidad penal.

La responsabilidad penal del mando castrense proviene del artículo 25 del código penal respecto a la comisión por omisión o también llamada posición de garante. No sucede lo mismo con los integrantes de las Farc. Ep y con los terceros civiles ya que en ellos su responsabilidad no se basa bajo la figura de la posición de garante.

Puede existir responsabilidad por el mando cuando un civil ostente la calidad de superior jerárquico. Desde el tribunal Penal especial para el Lejano Oriente

en 1946 en el que se condenó al ministro de asuntos exteriores, Hirota se ha venido adjudicando responsabilidad penal que tiene autoridad.

De igual manera en el TPR en el caso Musema, los civiles son responsables penales cuando ejerzan funciones como superiores frente a subordinados.

Es decir, todos aquellos que dispongan de una estructura jerárquica no militar o de una facultad de control equivalente, pueden ser responsables penalmente de las conductas cometidas por sus empleados, o subordinados. Para el caso de los integrantes de las Farc-Ep estos tienen de facto y no de iure. Estas personas pueden ser aquellos que tengan un poder ejecutivo nacional o local, personas que pertenecen a partidos políticos o sindicatos.

En este caso se debe probar:

Un control equivalente al que existe en instituciones castrenses.

Una estructura jerarquizada.

Un control jurídico y financiero para sus empleados.

Un control de iure y de facto.

El artículo 28 B II indica que esa responsabilidad penal debe tratarse de crímenes que guarden relación o estén bajo su responsabilidad o control efectivo.

No obstante, lo señalado respecto a la responsabilidad del superior, el subordinado no podrá evitar su responsabilidad penal así manifieste que actuó porque obedecía órdenes dadas por su superior.

Como lo dice el artículo 6 del mismo Estatuto en su numeral 4:

“El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal” (Resolución 955, 1994).

#### **4. El máximo responsable**

Se entiende como máximo responsable a “aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática” (Ambos, 2002, pág. 15).

En el derecho penal internacional se recogen posturas que desde la academia propenden por hacer responsable penalmente, no únicamente a los Estados,

sino también las personas naturales, en ese orden de ideas, la interpretación contemporánea del derecho internacional conlleva como dice Gil a que cualquier persona natural pueda ser declarada responsable por la violación de ciertas normas del Derecho internacional (Gil Gil, 2016, pág. 207).

El castigo a personas naturales está dirigida a toda clase de individuo, sin importar su cargo oficial, en estimación jurídica del Tribunal de Nuremberg, en torno que la responsabilidad individual de quien detenta la condición de funcionario estatal, y más concretamente de quien hace parte de un crimen de derecho internacional, se impone bajo el criterio de que “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometan tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional” (Barberis, 1984, pág. 25).

Entonces es viable establecer la responsabilidad penal de los jefes de Estado y es claro que respecto a cualquier persona, esto significa que ante los problemas derivados de un sinnúmero de responsabilidades penales que habitualmente se producen dentro de los conflictos armados no internacionales, tal como ha sucedido en el caso colombiano y siguiendo a Gil, esto “conlleva el riesgo de que las responsabilidades individuales se diluyan, por así decirlo, en una responsabilidad colectiva más amplia e indeterminada, que es incompatible con el principio de responsabilidad penal personal” (Gil Gil, 2016, pág. 207). Aun siendo esto una evidente muestra de una responsabilidad penal “colectiva”, tratándose de situaciones de carácter excepcional como la que sucede en los conflictos o guerras en las que existe una organización (como los grupos de guerrillas en Colombia), en estos casos los crímenes cometidos por estos, en razón del tiempo que llevan cometiendo delitos y debido al gran número de integrantes al igual que la variedad de los mismos, es obvio “que puede resultar difícil separar y medir la responsabilidad de todos y cada uno de los intervinientes en el delito” (Gil Gil, 2016); el derecho penal clásico, no tiene una solución clara que cumpla con los pedimentos sociales de justicia.

Ante ese panorama, resulta necesario recurrir a soluciones pactadas en un Acuerdo final para la terminación del conflicto suscrito entre las Farc- Ep y el gobierno de Colombia, de igual modo hay que seguir acudiendo a las soluciones de naturaleza penal que abarquen el mayor grado de delitos ocurridos dentro de varias décadas como por ejemplo ha ocurrido en Colombia. En esta dirección, se encuentra que no se puede separar el derecho penal de la justicia de transición, por tal razón se requiere de un análisis holístico en el que se dé cabida a evitar en grado sumo la rampante impunidad que existe en Colombia. En ese sentido la naturaleza del derecho penal no pierde sus fines y la justicia transicional puede

abarcar en un alto grado el castigo a los responsables de los delitos ocurridos en medio del conflicto armado colombiano.

Ante ese panorama, resulta necesario recurrir a soluciones de naturaleza penal que abarquen la necesidad de hacer justicia para el mayor grado de delitos ocurridos dentro de varias décadas, como por ejemplo ha ocurrido en Colombia. Se requiere el castigo a la organización y a sus integrantes dentro de la complejidad que resulta el castigo desde el derecho, de manera colectiva. Esto tiene serias implicaciones en la medida en que se intenta castigar a los máximos responsables, en los que cabe aplicar teorías sobre autoría y participación. Según Kai Ambos toda persona que ha “cumplido una función esencial en la comisión del delito puede ser catalogado “máximo responsable”, para efectos de establecer cuáles casos son investigados y juzgados por medio de los mecanismos de justicia transicional de carácter judicial, habría que seleccionar en primer lugar los casos más graves y representativos” (Ambos, 2002, pág. 261).

Partiendo de que la responsabilidad penal es individual, esto no es obstáculo para que se persigan grupos, incluso organizados. En este sentido es fundamental castigar tanto a los líderes al igual que a los ejecutores de conductas efectuadas en el escenario del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia. Por lo tanto, la persecución en justicia transicional de autores y partícipes se basa en el clásico derecho penal, el cual deberá ser adecuado al SIVJRN lo que no representa dificultades de adecuación típica en un sistema de justicia transicional. Por ejemplo, no existe vulneración al principio de legalidad o de culpabilidad cuando a los procesados por delitos cometidos en medio y con ocasión del conflicto armado no internacional ocurrido durante décadas en Colombia, se les procesa con pruebas en contexto y dentro del marco de una responsabilidad penal no individual, es decir se castiga a los líderes, organizadores, instigadores y cómplices en una responsabilidad que tiene en cuenta a toda la organización y a los crímenes por ellos cometidos, lo que conlleva una imposibilidad real, de individualizar a todos y cada uno de los autores y partícipes. Sin embargo, se podría más fácilmente establecer la responsabilidad penal de los superiores, lo que permitiría que sea más complicado que vuelvan a ocurrir delitos en los que la cabeza visible y aquellos que provocaron, gestaron, patrocinaron, alentaron, dirigieron etc. los crímenes queden en la impunidad.

## **5. El principio de legalidad en relación con la responsabilidad por el mando**

En justicia transicional la responsabilidad penal individual por hechos criminales de índole colectivo se deben establecer las teorías de las cuales se puede derivar

la responsabilidad de los autores o partícipes de crímenes cometidos durante y en desarrollo del conflicto. Por supuesto que tiene que haber una estrecha relación con el principio de legalidad penal.

En el desarrollo de los Acuerdos de la Habana y Bogotá, se instauran formas de autoría y participación las cuales están establecidas en el acto legislativo 01 del 4 de abril del 2017, allí se tiene en cuenta la relación directa o indirecta de los autores, partícipes o encubridores con el conflicto armado no internacional. Se indica la obligación de que el conflicto armado haya influido en la comisión de la conducta punible, ya sea en grado de tentativa o de consumación. De esta forma se logra encontrar más fácilmente la relación entre la conducta y la responsabilidad penal. Para el castigo efectivo a los criminales que cometieron conductas con ocasión del conflicto armado existe la posibilidad de hacerlo por medio de la responsabilidad por el mando lo que a su vez permite castigar a los máximos responsables cumpliendo el objetivo de priorización (Acto Legislativo 01, 2017).

La legalidad en sentido amplio, en justicia de transición ya ha sido considerada en el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra respecto a que “nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual” (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, 1977); cuestión que vino siendo reafirmada en la sentencia de apelaciones del TPIY en el caso Tadic: “nadie puede ser considerado responsable por hechos o conductas que no ha realizado personalmente o en los que no ha participado de alguna otra manera (*nulla poena sine culpa*)<sup>1</sup>” (Resolución 827, 1993).

Cuando se trata de perseguir la criminalidad ocurrida en medio de un conflicto armado y se utilice una especie de responsabilidad que tenga en cuenta a los altos mandos y a los subordinados, en ningún caso se están violando normas internas o internacionales ya que se aplica el apotegma consagrado en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra respecto a que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, 1977).

<sup>1</sup> ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, Judgment (IT-94-1-A), 15. Así se señala en el artículo 6, numeral 5. “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, 1977).

## Conclusiones

Un aspecto crucial es la necesidad de que en sede de la justicia transicional colombiana se dé la posibilidad real de investigar, juzgar y condenar a los máximos responsables de los crímenes llevados a cabo por los diversos grupos que han actuado en el conflicto armado no internacional sucedido en Colombia.

Se puede dogmatizar que, en medio de la justicia transicional colombiana, es posible castigar a quienes en calidad de máximos responsables han cometido graves crímenes de naturaleza internacional. Este razonamiento se fundamenta en lo siguiente:

En Colombia y en razón a que existió un conflicto armado no internacional durante décadas, en 2017 se creó un modelo de justicia transicional el cual pretende que allá una paz estable y duradera. Por tal razón las amplias amnistías y los indultos al igual que la aplicación del principio de favorabilidad intentan que exista una seguridad jurídica sin impunidad para todos los ejecutores de crímenes con ocasión y en desarrollo del conflicto.

Establecer la responsabilidad penal por el mando en la justicia transicional en Colombia de conformidad con el artículo 28 del ERCPI, no es posible, de manera fácil al menos por varias razones: la primera es que se trata de jurisdicciones diferentes mientras que la CPI prevé conductas y castigos de naturaleza penal, la justicia transicional es muy diferente en las sanciones que contiene ya que son propias de una justicia restaurativa y no retributiva como la del derecho penal.

La segunda razón tiene que ver con que la única forma de solventar un conflicto armado es cediendo entre las partes, de un lado dejando las armas y todo lo que concierne a la violencia y por la otra parte evitando castigar conductas nimias o aún las graves, pero las ocurridas en medio y en desarrollo del conflicto armado.

Una tercera razón es que se debe castigar a los máximos responsables (a sanciones severas de acuerdo a las normas internacionales), si no se acogen al este Sistema o si no dicen la verdad.

En definitiva, se puede señalar que no existe impunidad que lo que existe es verdad por encima de la justicia, diferente a la finalidad del derecho penal que busca primeramente hacer justicia.

Sin embargo, esta orientación teórica no significa que puede existir impunidad para los grandes jefes del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia, toda vez que todo a aquel individuo a quien se le pruebe el control efectivo de sus subordinados, es responsable penalmente.

Ahora bien, la responsabilidad penal por el mando firmada en el acuerdo firmado en Bogotá entre el gobierno nacional y las Farc-Ep y su relación con los estándares

internacionales de justicia en medio de justicia de transición es un aspecto que se puede solucionar a partir de que la Jurisdicción Especial para la Paz utilice la doctrina imperante y se fundamente en la jurisprudencia que actualmente permite castigar individualmente por la comisión de conductas delictivas cometidas por una colectividad en medio de un conflicto armado.

Aspecto a destacar es que se debe aclarar la responsabilidad penal del superior y cuando existe un control efectivo tanto de la persona como de la conducta, en ese sentido no se puede flexibilizar la responsabilidad por el mando taxativamente consagrada en el artículo 28 del ERCPI. Se debe tener especial cuidado, cuando se trata de incluir en la justicia transicional colombiana el derecho operacional. Este tipo de derecho amplía las posibilidades de evitar la responsabilidad penal en mandos castrenses, lo cual tratándose de delitos graves contraviene el derecho penal internacional.

A pesar de esto, y para construir una teoría colombiana de responsabilidad penal por el mando es necesario acudir a las teorías que desde la dogmática jurídico penal y desde la jurisprudencia internacional hasta ahora existen. En todas estas teorías, la responsabilidad por el mando se ha dado en contornos de situaciones de conflictos armados, la mayoría de ellos de carácter internacional. Esta situación no es menos importante, si se tiene en cuenta que no ha habido aplicación de las mencionadas teorías en medio de justicia transicional en el que el conflicto sea interno, que haya durado décadas, dejado miles de muertos y en el que sobretodo, haya una enorme polarización acerca del Acuerdo de paz logrado, tal como sucede en Colombia. En ese escenario nuestro país está en la búsqueda de castigos a los máximos responsables sin desconocer el artículo 28 del ERCPI.

El sistema penal en el ámbito interno e internacional, y por supuesto en justicia transicional, tiene que aplicarse; tiene establecido un sistema de sanciones que es para todos los individuos que hayan cometido conductas punibles con anterioridad al 1 de diciembre de 2017 en medio del conflicto armado sucedido en Colombia, y existe un plano de igualdad en su totalidad, es decir hay posibilidades de tener una sanción, propia, alternativa, u ordinaria, las cuales son aplicadas directamente de acuerdo con el grado de verdad que manifiesten quienes se acojan a la JEP. Estas sanciones serán aplicadas a quienes ostenten el mando y/o sean los máximos responsables, siempre claro está que no se trate de delitos de lesa humanidad. En definitiva, ya sea la sanción fundamentada en el derecho internacional o en el interno, en cualquiera de los dos casos, no se vulnera el principio de legalidad, toda vez que existen normas que con carácter previo estipulan la obligación de su castigo.

Cierto sector doctrinal señala que no se puede castigar en justicia de transición a los máximos responsables ya que es un Acuerdo hecho para provocar impunidad.

Sin embargo, es claro que el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito el 24 de noviembre de 2016 en Bogotá, es respetuoso del principio de legalidad. Dentro del marco de la justicia transicional colombiana, las sanciones para todos los autores y partícipes de todos aquellos que se acojan a la jurisdicción especial para la paz (JEP), se amoldan perfectamente al principio de legalidad flexible, todo en un plano de igualdad.

En general y desde una perspectiva del principio de legalidad penal, a los autores o partícipes de crímenes cometidos dentro del conflicto armado no internacional, se les va a castigar, por lo tanto, no va a existir impunidad. Esta consecuencia es la más importante de todo el SIVJRNR, la cual unida a la igualdad y a la aplicación del principio de favorabilidad dará como resultado una justicia que garantiza una paz estable y duradera.

Finalmente, hay que señalar que en el contexto del conflicto armado no internacional sucedido en Colombia acudiendo a los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales que provienen especialmente del derecho penal internacional, es posible no solamente diferenciar entre autores y partícipes, sino establecer una responsabilidad penal por el mando, de tal manera que el castigo por acciones e inclusive por omisiones permita infligir la responsabilidad penal en individuos que en medio o en ocasión del conflicto armado cometieron conductas punibles de forma individual. Esta forma de lograr encontrar el castigo abarca cuando estos individuos hayan cometido sus crímenes a través de la pertenencia a organizaciones y hayan cometido crímenes en masa, los cuales desestabilizaron el Estado. Por lo tanto, para lograr un castigo a la responsabilidad penal colectiva, en crímenes cometidos por los diversos grupos armados en Colombia, se debe hacer una adaptación a las normas internas y generar una novedosa jurisprudencia, de tal modo que se establezca la responsabilidad penal teniendo en cuenta dos aspectos, por un lado que se trate de delitos de competencia de la JEP y, por el otro que, si son conexos con los delitos políticos no se trate de crímenes de lesa humanidad.

## Referencias

Acto Legislativo 01. (4 de Abril de 2017). Congreso de la República. *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 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>

Alto Comisionado Para la Paz. (24 de Noviembre de 2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Obtenido de <http://>

- [www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf](http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf)
- Ambos, K. (2002). La responsabilidad del superior en el Derecho penal Internacional. En E. Gimbernat Ordeig, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (Vol. 2). Madrid, España: Ministerio de Justicia y Ministerio de la Presidencia. Obtenido de [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/1999\\_fasc\\_I\\_Partel.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/1999_fasc_I_Partel.pdf)
- Barberis, J. (1984). *Los sujetos del derecho internacional actual*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Caso No. IT-96-21-T. (16 de Noviembre de 1998). Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. *Fiscal vs. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo alias "Zenga" (Čelebići)*. Obtenido de [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia\\_1.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia_1.pdf)
- El Espectador. (3 de abril de 2017). Históricas condenas a 21 exmilitares por 'falsos positivos' de Soacha. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/historicas-condenas-21-exmilitares-por-falsos-positivos-de-soacha-articulo-687741>
- Estatuto de Roma. (17 de Julio de 1998). Organización de las Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Roma, Italia. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1998-icc-5tdm58.htm>
- FARALDO CABANA, P. (2012). La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al código penal español. En G. I. Anitua, A. Iglesias Skulj, J. Ramos Vázquez, & M. Zapico Barbeito, *Derecho Penal Internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*. Buenos Aires: Di Plácido Editor.
- GIL GIL, A. (2016). *Derecho penal internacional*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44097, año CXXXVI. Obtenido de [https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Codigo\\_Penal\\_L-599-00.htm](https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Codigo_Penal_L-599-00.htm)
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra. (8 de junio de 1977). Organización de las Naciones Unidas. Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. *Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra. (8 de Junio de 1977). Organización de las Naciones Unidas. Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. *Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter*

*internacional*. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>

Resolución 827. (25 de Mayo de 1993). Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>

Resolución 955. (8 de Noviembre de 1994). Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. *Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>

TORRES VÁSQUEZ, H. (2015). La autoría mediata en delitos de lesa humanidad cometidos en Colombia por agentes del Estado. *Revista Republicana*(8), 141-160. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/179491387/La-Autoria-Mediata-en-Delitos-de-Lesa-Humanidad-Cometidos-en-Colombia-Por-Agentes-Del-Estado>

ZULETA LLERAS, F. (2009). Los falsos positivos crímenes de lesa humanidad. En R. Bejarano, D. Coronel, J. Restrepo, F. Zuleta, L. Valencia, G. Navas, . . . Vladdo, *Las perlas uribistas. Reveladora radiografía del gobierno de Álvaro Uribe*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Random House Mondadori, S.A.

