



—
EUROPEAN CENTER FOR
CONSTITUTIONAL AND
HUMAN RIGHTS e.V.
—

ZOSSENER STR. 55-58
AUFGANG D
10961 BERLIN, GERMANY
—

PHONE +49.(030).40 04 85 90
FAX +49.(030).40 04 85 92
MAIL INFO@ECCHR.EU
WEB WWW.ECCHR.EU

Amicus Curiae

**Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto
Legislativo No. 01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de
mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal
Internacional**

Ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia,

para ser considerado durante la revisión del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 del 4 de abril 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 y se dictan otras disposiciones”.

Berlín, julio de 2017

Contenido

I. INTRODUCCIÓN.....	3
1. Acerca de ECCHR.....	3
2. Propósito del <i>Amicus Curiae</i>	4
II. LA DEFINICIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS ACUERDOS DE PAZ Y EN EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2017.....	4
1. El Acuerdo de Víctimas de 2015.....	4
2. El Acuerdo Final de Paz.....	5
3. Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017	5
III. LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO DE ACUERDO CON EL ESTATUTO DE ROMA.....	7
1. La evolución de la definición de responsabilidad de mando según el derecho penal internacional	7
2. La definición de responsabilidad de mando de acuerdo al Artículo 28 del Estatuto de Roma, y la interpretación hecha por la Corte Penal Internacional sobre los requisitos de control efectivo y conocimiento (<i>mens rea</i>)	8
i. El requisito de control efectivo	9
ii. El requisito subjetivo (<i>mens rea</i>).....	12
IV. EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2017 NO ES COMPATIBLE CON EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA.....	13
1. El requisito de control efectivo.....	13
2. El requisito subjetivo (<i>mens rea</i>).....	15
3. Conclusiones	16
V. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE QUE EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 SE AJUSTE AL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA?	16
VI. CONCLUSIÓN.....	18

I. INTRODUCCIÓN

El Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR, por sus siglas en inglés), con sede en Berlín, somete respetuosamente este *amicus curiae* ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia para ser considerado durante la revisión del Acto Legislativo No. 01 del 4 de abril de 2017, el cual crea una serie de disposiciones transitorias a la Constitución Política de Colombia para asegurar la implementación del Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército Popular (FARC-EP).¹ El informe *amicus curiae* se refiere específicamente al Artículo transitorio 24 que codifica los estándares jurídicos aplicables a la prevista Jurisdicción Especial para la Paz para establecer la responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública por delitos cometidos por sus subordinados. ECCHR argumenta que el Artículo transitorio 24 no cumple con los estándares regulados en el Artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y por lo tanto debe ser ajustado.

1. Acerca del ECCHR

El ECCHR es una organización de derechos humanos independiente, sin ánimo de lucro, registrada en la municipalidad de Berlín – Charlottenburg, Alemania, desde 2007. Al involucrarse en litigio estratégico, el ECCHR utiliza instrumentos legales internacionales para proteger grupos e individuos de violaciones sistemáticas en materia de derechos humanos y determinar la responsabilidad de actores estatales y no estatales por la comisión de tales actos.

El ECCHR califica como una organización de expertos con respecto al presente informe *amicus curiae* debido a su continuo trabajo en temas relacionados con Colombia y crímenes internacionales, así como la experiencia del personal del ECCHR en derecho penal internacional y más específicamente en el tema de responsabilidad de mando. Previo a la constitución del ECCHR, su Secretario General, Wolfgang Kaleck, estuvo involucrado en la lucha contra la impunidad por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura en Argentina, logrando responsabilizar a militares argentinos por las atrocidades cometidas. Asimismo trabajó junto con el Center for Constitutional Rights (CCR), de Nueva York, iniciando procedimientos penales en contra de altos funcionarios de Estados Unidos de América en relación con crímenes cometidos en el contexto de la “guerra contra el terrorismo”. Además de estos proyectos, ECCHR desarrolla otros proyectos en el marco del Programa de Crímenes Internacionales y Responsabilidad, en el cual se toman medidas legales para garantizar que los más altos responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, incluyendo tortura, ejecuciones extrajudiciales y violencia sexual, rindan cuentas. En particular, pretende poner fin a la impunidad que suelen gozar las personas de alto rango, quienes, aunque estén físicamente lejos de la escena del crimen, deben ser responsabilizadas por los actos de sus subordinados. Al respecto, el ECCHR ha presentado varias comunicaciones a la Fiscalía de la CPI en relación con violencia sexual y violencia contra sindicalistas como crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en Colombia.

Además de los proyectos relacionados con Colombia, el ECCHR también presentó a la Fiscalía de la CPI una serie de argumentos en los cuales responsabiliza a funcionarios estatales británicos por crímenes de guerra presuntamente cometidos por soldados británicos en contra de detenidos iraquíes. Recientemente se presentó una denuncia en materia penal al Fiscal Federal alemán contra seis altos funcionarios del Servicio de Inteligencia Militar de Siria por presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto del actual conflicto en Siria.

¹ Congreso de la República de Colombia, *Acto Legislativo No. 01 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 y se dictan otras disposiciones”*, 4 de abril de 2017.

Además de los proyectos mencionados, el ECCHR también posee experiencia académica en relación con el tema de responsabilidad de mando. Entre sus asesores legales y coautores del presente *amicus curiae* cabe destacar a la Profesora Dra. Chantal Meloni, quien es profesora asociada de la cátedra de derecho penal internacional en la Universidad de Milán y ha publicado ampliamente sobre el tema de responsabilidad de mando y otros asuntos relacionados con el derecho penal internacional.

El ECCHR tiene amplia experiencia tanto práctica como académica en cuestiones relacionadas con la doctrina de responsabilidad de mando como una forma de responsabilidad penal y, como tal, tiene la pericia para presentar argumentos sobre la definición de responsabilidad de mando, objeto de revisión ante la Honorable Corte Constitucional, en particular con respecto a la adecuación de dicha definición a los estándares internacionales reconocidos tanto en diferentes tratados internacionales, especialmente en el Estatuto de Roma, como en el desarrollo de la jurisprudencia internacional.

2. Propósito del *Amicus Curiae*

El 13 de marzo de 2017, el Congreso de la República de Colombia aprobó el Acto Legislativo No. 01 de 2017, que adiciona una serie de artículos a la Constitución Política de Colombia. El Artículo transitorio 24 establece los estándares jurídicos aplicables en los procesos que serán llevados a cabo ante la Jurisdicción Especial para la Paz al momento de determinar la responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública² por delitos cometidos por sus subordinados. El ECCHR considera que esta definición no se ajusta plenamente a los elementos jurídicos sobre responsabilidad de mando establecidos en el Artículo 28 del Estatuto de Roma³, ya que da lugar a una interpretación en la cual comandantes de alto rango podrían eludir la rendición de cuentas por crímenes internacionales cometidos bajo su mando. Este resultado no sólo vulneraría los derechos de las víctimas del conflicto armado a la verdad, justicia, reparación y medidas de no repetición, sino que también podría llevar a la Fiscalía de la CPI a declarar que el Estado colombiano “no está dispuesto” a investigar y procesar estos delitos de conformidad con el principio de complementariedad, como se detallará más abajo. Por lo tanto, el propósito del informe *amicus curiae* es analizar el Artículo 28 del Estatuto de Roma, así como la jurisprudencia en materia de derecho penal internacional más relevante, para demostrar que la definición de responsabilidad de mando prevista el Acto Legislativo No. 01 de 2017 no cumple con los estándares internacionales y por lo tanto debe ser ajustada de conformidad al Estatuto de Roma. El ECCHR solicita respetuosamente que la Honorable Corte tome en consideración sus opiniones y argumentos al revisar el Acto Legislativo No. 01 de 2017, específicamente en relación con el Artículo transitorio 24.

II. LA DEFINICIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS ACUERDOS DE PAZ Y EN EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2017

1. El Acuerdo de Víctimas de 2015

Después de que un primer texto respecto a los derechos de las víctimas fuera acordado en septiembre de 2015, se llegó a un segundo acuerdo más detallado entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, denominado el *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto* (“Acuerdo de Víctimas”), el cual fue

² El Artículo 216 de la Constitución Colombiana de 1991 define que la “Fuerza Pública” incluye las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

³ Colombia depositó su instrumento de ratificación del Estatuto de Roma en 5 de agosto de 2002 y entró en vigor el 1 de noviembre de 2002.

aprobado el 15 de diciembre de 2015.⁴ Este fue el primer acuerdo que incluía un apartado sobre los estándares jurídicos aplicables dentro de la prevista Jurisdicción Especial para la Paz para determinar la responsabilidad de los funcionarios estatales de alto rango por los delitos cometidos por sus subordinados. Esta disposición estaba redactada de la siguiente manera:

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 y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Después de la firma del Acuerdo de Víctimas, fuertes preocupaciones fueron manifestadas en cuanto a la redacción de esta disposición, debido principalmente a que la definición jurídica de responsabilidad de mando podría ser fácilmente interpretada de manera que protegiera a comandantes de alto rango de la persecución penal, y por lo tanto fracasaría en cumplir con los estándares internacionales reconocidos en el Artículo 28 del Estatuto de Roma.⁵ Específicamente, el texto fue criticado por ser ambiguo en torno al requisito de control efectivo – que en virtud del Acuerdo de Víctimas se refiere al control sobre la conducta ilegal y no al control sobre los subordinados, como lo regula el Estatuto de Roma – y, en segundo lugar, el requisito de *mens rea* – que de acuerdo con el Acuerdo de Víctimas no incorpora el estándar de conocimiento presunto (es decir, que el superior “hubiere debido saber” sobre los delitos) el cual es una alternativa explícita al conocimiento actual de acuerdo al Estatuto de Roma.⁶

2. El Acuerdo Final de Paz

Luego de que el Acuerdo de Paz colombiano de septiembre de 2016 – el cual incluyó las provisiones previstas en el Acuerdo de Víctimas – fuera rechazado en el plebiscito de octubre, las partes llegaron a un nuevo acuerdo el 12 de noviembre de 2016. Este acuerdo incluyó una serie de modificaciones, entre ellas el tema de responsabilidad de mando, en el cual se adicionó la siguiente frase:

*Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma.*⁷

Esta redacción fue suprimida de la versión final del acuerdo firmado el 24 de noviembre de 2016. En lo que respecta a la responsabilidad de los miembros de las FARC-EP, quedó el párrafo añadido, pero la referencia al Artículo 28 del Estatuto de Roma fue sustituida por el término “derecho internacional”.⁸

3. Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017

La última definición jurídica de responsabilidad de mando fue establecida en el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017. La definición que fue aprobada por el Congreso colombiano el

⁴ Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos*, 15 de diciembre de 2015.

⁵ Human Rights Watch. *Análisis de Human Rights Watch sobre el “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto” alcanzado por el gobierno de Colombia y las FARC*, 21 de diciembre de 2015, disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/21/analisis-de-human-rights-watch-sobre-el-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto>.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Véase Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, 12 de noviembre de 2016, para. 44.

⁸ Véase Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, 24 de noviembre de 2016, paras. 44 y 59.

13 de marzo de 2017 y adoptado como acto legislativo el 4 de abril de 2017, suprimió ajustes realizados previamente en el texto del Acuerdo de Víctimas y el Acuerdo Final de Paz, y además agregó una parte significativa relevante a la interpretación del requisito de control efectivo:

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.*

La definición más reciente también fue objeto de fuertes críticas en relación con los requisitos de control efectivo y conocimiento presunto, incluso en relación con los criterios recientemente añadidos para demostrar el control efectivo.⁹ El presente *amicus curiae* desarrollará detalladamente cómo la definición del Artículo transitorio 24 aún sigue sin cumplir con los estándares jurídicos contemplados en el Artículo 28 del Estatuto de Roma, por una parte imponiendo requerimientos restrictivos y concurrentes para demostrar control efectivo, la mayoría de los cuales de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI solamente sirven como elementos indicativos y, por otra parte, al no incluir el elemento de conocimiento constructivo o presunto dentro del estándar de *mens rea*, como es regulado en el Estatuto de Roma. Antes de desarrollar los argumentos, en la siguiente sección se describirá en primer lugar los elementos jurídicos de la doctrina de responsabilidad de mando, de cómo estos han evolucionado históricamente de acuerdo al derecho penal internacional y eventualmente fueron codificados en el Artículo 28 del Estatuto de Roma.

⁹ Human Rights Watch, *Carta sobre responsabilidad de mando en la legislación de implementación del acuerdo de paz*, 25 de enero de 2017, disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2017/01/25/carta-sobre-responsabilidad-de-mando-en-la-legislacion-de-implementacion-del-acuerdo>. Véase también: R. Uprimny y D. Guiza, *Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la Jurisdicción Especial para la paz y regula el tratamiento especial a la Fuerza Pública*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 13 de febrero de 2017.

III. LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO DE ACUERDO CON EL ESTATUTO DE ROMA

1. La evolución de la definición de responsabilidad de mando según el derecho penal internacional

El surgimiento de la doctrina de responsabilidad de mando se remonta a la antigüedad: el hecho de que los comandantes tuviesen que ser responsables de la conducta de sus tropas es un concepto que está comprendido en todos los códigos militares y es tan antiguo como la noción de la guerra en sí misma. Sin embargo, esto no implicaba necesariamente la imputación de responsabilidad penal a los comandantes por los delitos cometidos por sus subordinados. La responsabilidad de mando como es entendida actualmente, es una herramienta del derecho penal muy particular, ya que responsabiliza al superior por los crímenes cometidos por sus subordinados como si el superior los hubiera cometido personalmente, debido a que no pudo prevenirlos o reprimirlos. En este sentido, a pesar de que las raíces de la doctrina de responsabilidad de mando se remontan a leyes militares, su interpretación ha evolucionado a través del derecho internacional humanitario y finalmente se estableció por medio de los tribunales penales internacionales del pasado. Por lo tanto, puede considerársele como una creación original del derecho penal internacional.¹⁰

Antes de su codificación expresa en el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (“Protocolo Adicional I”), la doctrina de responsabilidad de mando ya había sido aplicada¹¹ o había influenciado¹² en varias condenas de funcionarios de alto rango por delitos cometidos por sus subordinados, principalmente en casos relacionados con la responsabilidad penal de funcionarios estatales alemanes y japoneses por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial.¹³ En 1977, el Protocolo Adicional I se convirtió en el primer instrumento internacional que explícitamente reconocía la doctrina de responsabilidad de mando como un modo particular de

¹⁰ Véase C. Meloni, *The evolution of Command Responsibility in International Criminal Law*, en M. Bergsmo et al. (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law: Vol. III*, TOAEP, 2015, págs. 683-714.

¹¹ Véase el juicio de Yamashita de 1945, en el cual una comisión militar estadounidense condenó al general japonés Tomoyuki Yamashita por las graves atrocidades cometidas por soldados japoneses bajo su mando, ya que fracasó en controlar sus operaciones lo cual permitió la comisión de estos crímenes. *United States v. Tomoyuki Yamashita*, US Military Commission, Manila 8 de octubre al 7 de diciembre de 1945, en *Law Reports of Trials of War Criminals*. Selected and prepared by the United Nations War Crimes Commission (“Trials of War Criminals”), Vol. IV, 1948, págs. 1-96; y el Juicio del Alto Mando y el Juicio de los Rehenes, dos de los doce juicios principales celebrados por tribunales militares estadounidenses en Núremberg entre 1947-1949. En el Juicio del Alto Mando, el Mariscal de Campo von Leeb y trece otros altos funcionarios alemanes fueron condenados por atrocidades cometidas bajo la Alemania Nazi, debido a su fracaso en ejercer un control adecuado sobre sus subordinados. *United States v. Wilhelm von Leeb et al.*, 4 de febrero al 28 de octubre de 1948, en *Trials of War Criminals*, Vol. XI, pág. 512 y ss.

¹² Véase el Fallo de Núremberg del Tribunal Penal Militar Internacional de 1946, en el que funcionarios de alto nivel del Estado no fueron condenados bajo formas de responsabilidad omisivas, pero que tiene relevancia ya que extendió la responsabilidad criminal a superiores civiles. *United States v. Göring et al.*, Sentencia del 30 de septiembre al 1 de octubre de 1946, en *American Journal of International Law* (1947), pág. 172 y ss.; y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), el cual procesó a 28 acusados japoneses por atrocidades cometidas por sus subordinados y reconoció por primera vez la responsabilidad por omisión, que también se extendió a los líderes civiles. Véase B.V.A. Röling, C.F. Ruter (eds.), *The Tokyo Judgment: the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE)*, 29 de abril de 1946 al 12 de noviembre de 1948 (Amsterdam, University Press, 1977).

¹³ Véase C. Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law* (The Hague, TMC Asser Press, 2010) (“Meloni”), págs. 33-76. En este caso, cabe señalar que la responsabilidad de superiores también desempeñó un papel en los juicios contra los soldados estadounidenses por crímenes cometidos durante la Guerra de Vietnam. *Ibid.*, pág. 64.

responsabilidad para comandantes militares. De acuerdo con esto, el Artículo 86 (2) regula lo siguiente:

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.¹⁴

El Artículo 87, al referirse expresamente al deber de los “comandantes militares”, especifica que estas “medidas factibles” se refieren a las “medidas necesarias para impedir tales violaciones (...), y en caso necesario, promuevan una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.”¹⁵

Basándose en el texto del Protocolo Adicional I, los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) incluyen una disposición específica sobre la responsabilidad de mando, que regula los siguientes elementos jurídicos:

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.¹⁶

Al utilizar la expresión general de “responsabilidad superior” esta definición permitió que la doctrina de responsabilidad de mando también se extendiera a superiores no militares.¹⁷

2. La definición de responsabilidad de mando de acuerdo al Artículo 28 del Estatuto de Roma, y la interpretación hecha por la Corte Penal Internacional sobre los requisitos de control efectivo y conocimiento (*mens rea*)

La jurisprudencia subsiguiente de los Tribunales *ad hoc* desempeñó un papel importante en la redacción y formulación de las disposiciones adoptadas en el Estatuto de Roma. Finalmente, éste adoptó una definición detallada de la doctrina de responsabilidad de mando, que por primera vez se aplica explícitamente a los superiores civiles. En su Artículo 28 regula lo siguiente:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

¹⁴ 1977 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I), 16 ILM 1391 (1977), Artículo 86 (2).

¹⁵ *Ibid.*, Artículo 87 (3).

¹⁶ 1993 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 32 ILM 1159, Artículo 7 (3); 1994 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 33 ILM 1598, Artículo 6 (3).

¹⁷ La Comisión de Expertos Establecida por la Organización de las Naciones Unidas para investigar crímenes internacionales cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, destacó que “la doctrina de responsabilidad de mando está dirigido principalmente a los comandantes militares”, pero notó que “en determinadas circunstancias también han sido declarados responsables, con arreglo a esta doctrina, dirigentes políticos y funcionarios públicos”. Véase *Informe Final de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)*, 27 de mayo de 1994, UN Doc. S/1994/674, para. 57. Al final, como lo demuestra la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, también se consideró que la disposición de la responsabilidad de mando era aplicable a los superiores civiles. Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Aleksovski*”), Caso No. IT-95-14/1-T, T. Ch., 25 de junio de 1999, para. 103; confirmado por el Fallo de la Sala de Apelaciones, Caso No. IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, para. 76; y *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Trial Judgement, Caso No. ICTR-95-1, T. Ch. II., 21 de mayo de 1999, para. 216.

a) *El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) *En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:*

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.¹⁸

Si bien esta definición se basa en la interpretación de la doctrina desarrollada a raíz del Protocolo Adicional I y los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, en el Estatuto de Roma se proporciona una descripción mucho más detallada de los elementos jurídicos de la responsabilidad de mando; especialmente en el apartado b) del Artículo 28 el cual incluye una disposición expresa aplicable a la responsabilidad de los superiores no militares, la que presenta rasgos ligeramente diferentes.

Las dos siguientes sub secciones discutirán cómo dos aspectos cruciales de la doctrina de la responsabilidad de mando, a saber, el control efectivo y el requisito subjetivo (*mens rea*), han sido interpretados por la CPI. Como ya se ha mencionado anteriormente, la formulación de estos elementos en el Artículo transitorio 24 colombiano resulta ser particularmente problemática.

i. El requisito de control efectivo

De la definición regulada en el Artículo 28 del Estatuto de Roma, se puede establecer que para llegar a la conclusión de que un superior con alto rango pueda ser encontrado penalmente responsable, los siguientes elementos *objetivos o materiales* necesitan ser demostrados:

1. La comisión de un crimen de la competencia de la Corte;
2. Una relación jerárquica militar o civil entre el superior y la persona o personas que cometan la conducta delictiva;
3. El mando y control efectivo, o la autoridad y control efectivo por parte del superior sobre la(s) persona(s) que comete(n) la conducta criminal;
4. En el caso de un superior no militar, la conducta delictiva se refiere a actividades dentro de la responsabilidad y el control efectivo del superior;
5. Que el superior no haya adoptado medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o someter los delitos a las autoridades competentes; y

¹⁸ 1998 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 37 ILM 1002 (1998), Artículo 28.

6. Un vínculo causal entre el fracaso del superior al ejercer un control adecuado y la comisión de la conducta delictiva.

Contrario a la formulación prevista por el Artículo 24 transitorio el cual requiere que el control efectivo sea ejercido sobre la “respectiva *conducta*”, el Artículo 28 del Estatuto de Roma expresamente se refiere a “*fuerzas* bajo su mando y control efectivo”. Por lo tanto, cabe mencionar que el Estatuto de Roma exige el control sobre los subordinados que cometen los delitos y no sobre la propia conducta criminal. La primera y hasta ahora única interpretación del Artículo 28 del Estatuto de Roma por la Sala de Primera Instancia de la CPI se encuentra en la sentencia contra Bemba Gombo (*Bemba*) emitida en marzo de 2016. En esta decisión, la Sala de Primera Instancia también se refiere al “control efectivo sobre las fuerzas relevantes”.¹⁹ Esta concepción sobre el control efectivo también está respaldada por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*.²⁰

Cabe señalar que con respecto a la responsabilidad de los superiores *no* militares, el Artículo 28 del Estatuto de Roma además exige que las actividades específicas que llevaron a la comisión de la conducta criminal estén “bajo su responsabilidad y control efectivo”.²¹ Sin embargo, cuando la determinación del requisito de control efectivo concierne a los comandantes militares, quienes poseen un deber legal más fuerte y distinguible para actuar de acuerdo con sus obligaciones militares,²² este elemento no es un requerimiento. Lo que basta es el control efectivo del comandante sobre sus subordinados.

La Sala de Primera Instancia en *Bemba* aclaró además que la prueba de control efectivo requiere que el acusado “tenga el poder material de prevenir o reprimir la comisión de crímenes o de someter el asunto a una autoridad competente”.²³ Asimismo la Sala de Primera Instancia confirma las conclusiones de la Sala de Cuestiones Preliminares, así como la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*²⁴, que han interpretado que el control efectivo es una manifestación de una relación jerárquica *de*

¹⁹ *Situation on the Central African Republic. In the Case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (“Sentencia de *Bemba*”), Caso No. ICC-01/05-01/08, T. Ch. III, 21 de marzo de 2016, para. 184.

²⁰ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Dario Kordić & Mario Čerkez*, Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Kordić & Čerkez*”), Caso No. IT-95-14/2-T, T. Ch., 26 de febrero de 2001, paras. 414-416; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Blaškić*”), Caso No. IT-95-14-T, T. Ch., 3 de marzo de 2000, paras. 300 y 335; *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Trial Judgement, Caso No. IT-04-81-T, T. Ch. I., 6 de septiembre de 2011, para. 1673; *Prosecutor v. Rasim Delić*, Trial Judgement, Caso No. IT-04-83-T, T. Ch. I., 15 de septiembre de 2008, para. 58; *Prosecutor v. Sefer Halilović*, Appeals Chamber Judgement (“Sentencia de apelación de *Halilović*”), Caso No. IT-01-48-A, A. Ch., 16 de octubre de 2007, para. 59; y *The Prosecutor v. François Karera*, Trial Judgement, Caso No. ICTR-01-74-, T. Ch. I, 7 de diciembre de 2007, para. 564. Todas estas decisiones se refieren a control efectivo sobre “los perpetradores reales”, “subordinados” o “personas que cometen las violaciones subyacentes”, en vez de referirse a la conducta criminal respectiva.

²¹ Estatuto de Roma, Artículo 28 (b) (ii).

²² Véase Meloni, *supra*, pág. 162.

²³ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 170 (traducción propia).

²⁴ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Naser Orić*, Appeals Chamber Judgment (“Sentencia de apelación de *Orić*”), Caso No. IT-03-68-A, A. Ch., 3 de julio de 2008, para. 20; también *Prosecutor v. Naser Orić*, Trial Judgement, Caso No. IT-03-68-T, T. Ch. II, 30 de junio de 2006, para. 311; *Prosecutor v. Šainović et al.* Trial Judgement, Caso No. IT-05-87-T, T. Ch., 26 de febrero de 2009, para. 118; *Prosecutor against Brima et al.* Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Brima et al.*”), Caso No. SCSL-04-16-T, T. Ch. II, 20 de junio de 2007, para. 786; *Prosecutor v. Sefer Halilović*, Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Halilović*”), Caso No. IT-01-48-T, T. Ch. I Section A, 16 de noviembre de 2005, paras. 62 - 63; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Strugar*”), Caso No. IT-01-42-, T. Ch. II, 31 de enero de 2005, paras. 363 a 366; *Prosecutor v. Mladen Naletilić and Vinko Martinović*, Trial Judgement, Caso No. IT-98-34-T, T. Ch., 31 de marzo de 2003, para. 69; *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Judgement, Caso No. IT-97-25-T, T. Ch. II, 15 de marzo de 2002, para. 93; Sentencia de primera instancia de *Blaškić*, *supra*, paras. 296 y 303; y Sentencia de primera instancia de *Aleksovski*, *supra*, para. 106.

iure o *de facto*²⁵, y explica que “[s]i hay o no subordinados intermedios entre el comandante y las fuerzas que cometieron los crímenes es irrelevante; la pregunta es simplemente si el comandante tenía o no un control efectivo sobre las fuerzas pertinentes”.²⁶ La Sala de Primera Instancia también concluyó que el Artículo 28 del Estatuto de Roma no exige que un comandante “tenga única y exclusiva autoridad sobre las fuerzas que cometieron los crímenes”, lo que significa que “múltiples superiores pueden ser conjuntamente responsables por las acciones de sus subordinados”.²⁷

Al explicar la evaluación del requisito de control efectivo, la Sala de Primera Instancia en *Bemba* corroboró nuevamente la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, subrayando que

*[La] pregunta sobre si un comandante tiene control efectivo sobre determinadas fuerzas depende de cada caso. Hay una serie de factores que pueden indicar la existencia de un ‘control efectivo’ que requiere la capacidad material para prevenir o reprimir la comisión de delitos o someter el asunto a las autoridades competentes; estas han sido debidamente consideradas como ‘más una cuestión de prueba que de derecho sustantivo’. Estos factores pueden incluir: (i) la posición oficial del comandante dentro de la estructura militar y las tareas que de hecho llevó a cabo; (ii) su facultad para dictar órdenes, incluida la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o en niveles inferiores, para que haya participación en hostilidades; (iii) su capacidad para asegurar el cumplimiento de las ordenes, incluyendo el seguimiento si las ordenes fueron realmente cumplidas; (iv) su capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios a la estructura de mando; (v) su facultad para promover, reemplazar, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas, y para iniciar investigaciones; (vi) su autoridad para enviar fuerzas a los lugares donde se están llevando a cabo las hostilidades y retirarlas en cualquier momento; (vii) su acceso independiente a, y control sobre, los medios para iniciar la guerra, tales como equipo de comunicaciones y armas; (viii) control sobre las finanzas; (ix) la capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones o de interactuar con órganos o individuos externos en nombre del grupo; y (x) el hecho de que representa la ideología del movimiento al cual se adhieren los subordinados, y que tiene cierto perfil, manifestado a través de apariciones y declaraciones públicas.*²⁸ (Énfasis añadido)

Lo que se puede deducir de este razonamiento es que si bien el poder material para prevenir o reprimir la comisión de delitos o someter el asunto a una autoridad competente es un requisito absoluto para demostrar la existencia de control efectivo, los demás factores mencionados en el párrafo anterior son meramente indicativos. Esto significa que estos factores pueden o no ser demostrados en cada caso, dependiendo en gran medida de la naturaleza y contexto del conflicto, así como de las partes involucradas en el mismo. Al exigir que algunos de esos factores deben ser probados como

²⁵ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 184.

²⁶ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 184 (traducción propia).

²⁷ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 185 (traducción propia).

²⁸ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 188 (traducción propia), refiriéndose a: *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeals Chamber Judgement (“Sentencia de apelación de *Blaškić*”), Caso No. IT-95-14-A, A. Ch., 29 de julio de 2004, para. 69; *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Appeals Chamber Judgement, Caso No. IT-98-29/1-A, A. Ch., 12 de noviembre de 2009, para. 280; Sentencia de apelación de *Halilović*, *supra*, para. 207; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Appeals Chamber Judgement, Caso No. IT-01-42-A, A. Ch., 17 de julio de 2008, paras. 254 y 256; *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura*, Appeals Chamber Judgement, Caso No. IT-01-47-A, A. Ch., 22 de abril de 2008, para. 199; Sentencia de apelación de *Orić*, *supra*, para. 159; Sentencia de primera instancia de *Halilović*, *supra*, para. 58; Sentencia de primera instancia de *Kordić & Čerkez*, paras. 418 y 421; Sentencia de primera instancia de *Strugar*, *supra*, paras. 392 al 397, 406, 408, 411, y 413; *Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, Trial Judgement and Sentence, Caso No. ICTR-2000-55A-T, T. Ch. II, 12 de septiembre de 2006, para. 497; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Trial Judgement (“Sentencia de primera instancia de *Čelebići*”), Caso No. IT-96-21-T, T. Ch., 16 de noviembre 1998, para. 767; y Sentencia de primera instancia de *Brima et al.*, *supra*, para. 788.

condiciones concurrentes, como lo hace el Artículo transitorio 24, se está yendo más allá de los estándares establecidos en derecho internacional.

ii. El requisito subjetivo (mens rea)

Regresando al Artículo 28 del Estatuto de Roma, los elementos subjetivos de la responsabilidad de mando pueden describirse de la siguiente manera:

- I. El militar o superior civil hubiere sabido que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; o
- II. En el caso de mandos militares: El comandante militar, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
- III. En el caso de superiores civiles: El superior civil deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

Lo que claramente surge de estos elementos es que además de una situación en la que un comandante militar tiene conocimiento real o efectivo (“hubiere sabido”) de la conducta criminal; el superior también cumple con el requisito de *mens rea* si simplemente se puede demostrar que él o ella “hubiere debido saber” que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

Este requisito es diferente, por lo menos en su redacción, al estándar “tenía razones para saber” regulado en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, cuya jurisprudencia ha sido relativamente inconsistente con lo que de hecho implica esta norma.²⁹ En relación con el conocimiento *efectivo*, la Sala de Primera Instancia en *Bemba* estableció que tal conocimiento no puede presumirse, sino que debe establecerse mediante pruebas directas o circunstanciales. En el análisis de si el Sr. Bemba cumplió con el estándar de *mens rea* requerido, la Sala determinó que la evidencia era suficiente para demostrar que el Sr. Bemba tenía este conocimiento *efectivo*. Por lo tanto, la Sala no discutió en más detalle el estándar “hubiere debido saber”. Sin embargo, la Sala de Cuestiones Preliminares en su decisión sobre la confirmación de cargos analizó qué debía entenderse por “hubiera debido saber”, aclarando que es “una forma de negligencia”.³⁰ Refiriéndose a la decisión de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Blaškić*, la Sala de Cuestiones Preliminares explicó en *Bemba* que este requisito meramente implica que el superior “ha sido negligente al no haber adquirido conocimiento de la conducta ilícita de sus subordinados”.³¹ Esto significa que:

[Si] un comandante ha actuado con la debida diligencia en el cumplimiento de sus deberes y sin embargo no sabe que estaban siendo o están a punto de cometerse crímenes, dicha falta de

²⁹ En la sentencia de primera instancia de *Čelebići*, la Sala consideró que este estándar implicaba que “un superior sólo podía ser considerado penalmente responsable si realmente tenía información a su disposición que diera cuenta de la comisión de crímenes cometidos por sus subordinados”, obligando al superior a realizar una investigación posterior. Véase Sentencia de primera instancia de *Čelebići*, para. 393. Por otra parte, la Sala de Primera Instancia en el caso *Blaškić* llegó a la conclusión de que el estándar “tenía razones para saber”, significaba en realidad que la falta de conocimiento no puede considerarse como defensa si esta “falta de conocimiento es consecuencia de negligencia en el desempeño de su cargo” (traducción propia). Véase Sentencia de primera instancia de *Blaškić*, *supra*, para. 332. Esta interpretación fue sin embargo revocada más tarde por la Sala de Apelaciones. Véase Sentencia de apelación de *Blaškić*, *supra*, para. 406. El TPIR adoptó un estándar similar en la Sentencia de apelación de *Bagilishema*. Véase *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Appeals Chamber Judgement, Caso No. ICTR-95-1A, A. Ch., 3 de julio de 2002, paras. 29-30.

³⁰ *Situation in the Central African Republic. In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo (“Caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos”), Caso No. ICC-01/05-01/08, P. T. Ch. II, 15 de junio de 2009, para. 429.

³¹ Caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, *supra*, para. 432 (traducción propia).

*conocimiento no puede ser utilizada en su contra. No obstante, tomando en consideración su posición particular de mando y las circunstancias imperantes en ese momento, dicha ignorancia no puede ser una defensa cuando la falta de conocimiento sea el resultado de su negligencia en el desempeño de sus deberes [...].*³²

Tal y como concluyó la Sala de Cuestiones Preliminares, el estándar “hubiere debido saber” por lo tanto “[...] exige más bien un deber activo por parte del superior de tomar las medidas necesarias para obtener conocimiento de la conducta de sus tropas, y de averiguar, con independencia de la información disponible al momento de la comisión del crimen”.³³

En contraste, el artículo transitorio 24 no incluye el estándar “hubiere debido saber” tal y como lo regula el Estatuto de Roma, ya que sólo se refiere al “conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta”, así como a “conocimiento actual o actualizable”.

IV. EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2017 NO ES COMPATIBLE CON EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA

Del análisis de los elementos objetivos y subjetivos del Artículo 28 del Estatuto de Roma, así como de su interpretación en el caso de *Bemba*, puede concluirse que la definición del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 no cumple con los estándares internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma.

1. El requisito de control efectivo

En primer lugar, con respecto al requisito de que un superior jerárquico tenga control efectivo, el Artículo transitorio 24 se refiere al control efectivo de la “respectiva conducta” o de los “actos de sus subordinados”. El Artículo transitorio 24, tal y como se encuentra redactado actualmente, impone un criterio más estricto al momento de establecer la responsabilidad de comandantes militares que el que exige el Artículo 28 del Estatuto de Roma. Como ya se ha mencionado anteriormente, la jurisprudencia de la CPI y de los Tribunales *ad hoc* se ha referido consistentemente al control efectivo de “los autores reales”, “subordinados” o “personas que cometen las violaciones subyacentes” y no sobre la conducta delictiva *per se*.

De exigir control efectivo sobre la conducta del subordinado de hecho se estaría cambiando el concepto de responsabilidad de mando a una forma de responsabilidad directa, como por ejemplo co-autoría y otras formas de responsabilidad penal individual, las cuales se encuentran enumeradas en el Artículo 25 (3) (a) del Estatuto de Roma.

En segundo lugar, la definición prevista por el Artículo 24 transitorio añade un serie de factores que deben probarse conjuntamente para determinar que un superior ejercía control efectivo; sin embargo, la mayoría de estos factores sólo son considerados como elementos alternativos y de carácter indicativo en virtud de la jurisprudencia de la CPI y de los Tribunales *ad hoc*, al momento de considerar que el requisito de control efectivo ha sido cumplido.

Si bien, como se estableció anteriormente, la jurisprudencia en materia de derecho penal internacional exige efectivamente que el superior tenga la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de

³² *Ibid.* (traducción propia), citando a la sentencia de primera instancia de *Blaškić*, *supra*, para. 332.

³³ Caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, *supra*, paras. 432-433 (traducción propia).

los delitos o de someter el asunto a una autoridad competente, todos los demás factores que deben demostrarse de acuerdo al Artículo 24 se refieren simplemente a factores que *pueden indicar* la existencia de control efectivo. Por lo tanto, estos factores no deberían de ser individualmente enumerados como requisitos acumulativos para cumplir con el estándar probatorio en caso del comandante militar, ya que esto representaría una carga excesiva de la prueba para los fiscales, lo cual es contrario a los requisitos regulados por el derecho penal internacional. De hecho, sería sumamente difícil demostrar no sólo que el superior tenga la capacidad material de evitar o reprimir las conductas punibles de sus subordinados o de someter el asunto a una autoridad competente, sino también, como está previsto en el Artículo transitorio 24: “(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; [y] (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.”

Tomando el caso de *Bemba* como un parámetro de comparación relevante, cabe señalar que tal como afirmó la Fiscal de la CPI en su columna de fecha 21 de enero de 2017 publicada en *Semana*,³⁴ el Sr. Bemba (ciudadano de la República Democrática del Congo) fue condenado por crímenes cometidos por sus subordinados, aun cuando estos crímenes fueron cometidos “fuera” de su área de responsabilidad sobre la base de que ejerció control efectivo sobre sus tropas y tenía conocimiento sobre la comisión de los crímenes que en realidad estaban llevándose a cabo en la República Centroafricana. De hecho, la Sala de Primera Instancia determinó que el Sr. Bemba mantenía contacto regularmente con comandantes en el campo, recibía información detallada a través de informes operativos y de inteligencia, representó a las fuerzas del *Mouvement de Libération du Congo* en la República Centroafricana en asuntos externos y mantuvo poder y autoridad para retirar a sus tropas de ese país.³⁵

La Sala de Primera Instancia de la CPI también distinguió específicamente entre el concepto de “unidad de mando” y “control efectivo”, explicando con respecto a la unidad de mando que: “[p]ara el buen funcionamiento de un ejército, solo puede haber un individuo en mando de una unidad específica y en un momento en particular”.³⁶ No obstante, el poder material para prevenir, reprimir o someter la conducta delictiva a las autoridades competentes “no debe ser un poder exclusivo y múltiples superiores pueden ser conjuntamente responsables de las acciones de sus subordinados”.³⁷ Por lo tanto, el hecho de que las tropas del Sr. Bemba se comunicaron y cooperaron con las autoridades de la República Centroafricana a lo largo de la operación no significa que el Sr. Bemba careciera de autoridad y control efectivo sobre estas tropas, a pesar de que ellas operaran en territorio extranjero.³⁸

La decisión emanada en el caso de Bemba es histórica por ser la primera sentencia dictada por la CPI con base en la doctrina de responsabilidad de mando. Sin embargo, si se hubiera aplicado la definición de responsabilidad de mando de acuerdo a como está prevista en el Artículo transitorio 24, en lugar de los estándares regulados en el Artículo 28 del Estatuto de Roma, el acusado nunca hubiera sido condenado. Más específicamente, no se habría determinado que el acusado hubiera ejercido un control efectivo, en el sentido de que los crímenes no se cometieron “dentro del área de responsabilidad

³⁴ Fatou Bensouda, “El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad”, en *Semana*, 21 de enero de 2017, disponible en www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820.

³⁵ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 704.

³⁶ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 698 (traducción propia), citando a *Prosecutor v Vujadin Popović et al.*, Trial Judgement, Caso No. IT-05-88-T, T. Ch. III, 10 de junio de 2010, para. 2025.

³⁷ *Ibid.* (traducción propia).

³⁸ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 699.

asignada a la unidad bajo su mando” tal y como lo exige el Artículo transitorio a través de la lista de condiciones concurrentes.

Además, cabe señalar que la posesión de poder formal (o *de iure*) no es un factor determinante para demostrar la existencia de un control efectivo de acuerdo al Artículo 28 del Estatuto de Roma. Como se desarrolló en la sección anterior, el control efectivo puede establecerse dentro de una relación jerárquica *de iure* o *de facto*.³⁹ Por el contrario, el segundo factor concurrente que debe ser probado de acuerdo al Artículo transitorio 24 requiere que el superior tenga *tanto* capacidad legal *como* material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir. En la práctica, esto significaría que de acuerdo con el acto legislativo colombiano, un superior sin autoridad formal para emitir órdenes, pero con la capacidad material de hacerlo, no sería encontrado responsable de ejercer control efectivo debido a que carece de capacidad legal y por lo tanto eludiría la responsabilidad penal. Este requerimiento contradice expresamente las disposiciones del Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la CPI.

2. El requisito subjetivo (*mens rea*)

La definición proporcionada por el acto legislativo colombiano no sólo incumple con los estándares del Estatuto de Roma en relación a sus elementos objetivos, sino que también parece imponer un requisito de *mens rea* más restringido. El Artículo transitorio 24 de hecho no incluye el estándar “hubiere debido saber” tal y como lo regula el Estatuto de Roma, ya que sólo se refiere al “conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta”, así como a “conocimiento actual o actualizable”.

Como ya se explicó anteriormente, además del conocimiento real (el comandante “hubiere sabido”), el Artículo 28 del Estatuto de Roma regula también con respecto a comandantes militares el estándar de *mens rea* que se refiere a que en razón de las circunstancias del momento, el comandante “hubiere debido saber” que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. Esta disposición se refiere a una situación en la cual un superior militar meramente “ha sido negligente en no haber adquirido conocimiento de la conducta ilícita de sus subordinados”.⁴⁰ Por el contrario, la formulación del Artículo transitorio 24 parece excluir la posibilidad de que un comandante militar sea responsable porque “hubiere debido saber” sobre la comisión de los crímenes y por lo tanto no le es requerido “un deber activo por parte del superior de tomar las medidas necesarias para obtener conocimiento de la conducta de sus tropas, y de averiguar, con independencia de la información disponible al momento de la comisión del crimen”.⁴¹ Por otra parte, el término “actualizable” crea ambigüedad en cuanto a si un comandante militar cuya falta de conocimiento sobre la comisión de los crímenes es causada por negligencia en el desempeño de sus funciones, continuaría cumpliendo con el requisito de *mens rea* de acuerdo con el Artículo transitorio 24.

Es cierto que con respecto a los superiores no militares, como es en el caso del control efectivo, el Estatuto de Roma adopta un criterio más restringido, al exigir que el superior “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.⁴² Según lo explicado por la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, esto es el resultado de un “enfoque más exigente respecto de los jefes militares y los jefes de características similares frente a otros superiores que quedan abarcados por los parámetros del apartado b) del Artículo 28 del Estatuto. Esto se justifica por la naturaleza y el tipo de

³⁹ Sentencia de *Bemba*, *supra*, para. 184.

⁴⁰ Caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, *supra*, para. 432 (traducción propia).

⁴¹ Caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, *supra*, para. 433 (traducción propia).

⁴² Estatuto de Roma, Artículo 28 (2) (i).

responsabilidad asignada a esta categoría de superiores”.⁴³ Por lo tanto, como también se ha explicado anteriormente, este estándar no es aplicable a los comandantes militares, cuya responsabilidad está cubierta por el Artículo transitorio 24.

3. Conclusiones

Por ende, puede concluirse que los elementos objetivos del Artículo transitorio 24 no cumplen con los estándares establecidos en el Artículo 28 del Estatuto de Roma, específicamente por el requisito de control sobre la *conducta*, y por enumerar una serie de factores que deben ser probados concurrentemente para demostrar el requisito de control efectivo.

La formulación de los elementos subjetivos puede o no estar en concordancia con el Estatuto de Roma, dependiendo de cómo sean interpretados. En particular preocupa que deja afuera la alternativa reconocida al nivel internacional de un estándar de “hubiera debido saber”. Esta situación crea ambigüedad en cuanto a la manera de aplicar tales estándares, lo que puede resultar en una interpretación que permita que los comandantes militares de alto rango que serían considerados responsables de acuerdo con los estándares previstos en el Estatuto de Roma, eludirían rendir cuentas bajo la Jurisdicción Especial para la Paz.

V. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE QUE EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 SE AJUSTE AL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA?

Después de haber establecido que la definición de la responsabilidad de mando de acuerdo con el Artículo transitorio 24 no cumple con los estándares de derecho internacional reconocidos por el Artículo 28 del Estatuto de Roma, la siguiente sección explicará la importancia de enmendar la disposición para que se ajuste a los estándares reconocidos internacionalmente.

Los Estados Parte del Estatuto de Roma tienen la obligación implícita de adoptar los principios de derecho penal internacional en su legislación interna. Por lo tanto es encomiable que la República de Colombia se encuentre en proceso de modificar su ordenamiento jurídico para incluir estas disposiciones, entre ellas la doctrina de responsabilidad de mando. No obstante, es de suma importancia que la implementación nacional se ajuste a las exigencias internacionales, a fin de evitar espacios de impunidad, en particular con respecto a las más altas esferas de la cadena de mando militar y político, a quienes se les debe deducir responsabilidad penal por la comisión de graves crímenes como los perpetrados en Colombia.

En efecto, Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002. Por lo tanto, la CPI puede ejercer jurisdicción sobre genocidio y crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio colombiano o por nacionales colombianos después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de noviembre de 2002. Con respecto a los crímenes de guerra, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes cometidos desde el 1 de noviembre de 2009.⁴⁴ La naturaleza de la CPI es actuar como un tribunal de último recurso. Esto significa que se le impone a las autoridades nacionales el deber primordial de garantizar el enjuiciamiento efectivo de “los crímenes más graves de

⁴³ Caso *Bemba*, decisión de confirmación de cargos, *supra*, para. 433.

⁴⁴ Cuando Colombia depositó su instrumento de ratificación del Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002, también incluyó una declaración de conformidad con el Artículo 124 que excluía los crímenes de guerra de la jurisdicción de la CPI por un periodo de siete años. Por lo tanto, la CPI tiene jurisdicción sobre los crímenes de guerra cometidos en el territorio de Colombia o por nacionales colombianos desde el 1 de noviembre de 2009.

transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto” cometidos en su territorio, mediante el “ejercicio de su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.⁴⁵ Si bien esta obligación es responsabilidad y derecho del Estado colombiano, la CPI puede intervenir si Colombia no está dispuesta a llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo domésticamente, de conformidad con el principio de complementariedad (véase el Artículo 17 del Estatuto de Roma).

En esta evaluación de complementariedad, la CPI no sólo considera si se están llevando a cabo investigaciones y enjuiciamientos, sino también si se están realizando “genuinamente”, en particular cuando se evalúa la “falta de disposición”.⁴⁶ En este caso, la demora injustificada en los procedimientos, la falta de independencia e imparcialidad, o el hecho que los procedimientos se están llevando a cabo con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal, pueden ser determinantes para confirmar la “falta de disposición”. Entre otros indicadores, la CPI considera la cuestión de si las investigaciones y enjuiciamientos internos también se enfocan en la responsabilidad de personas de alto nivel como un factor relevante a tomar en cuenta cuando se realiza esta evaluación.⁴⁷ La Fiscalía de la CPI también ha explicado que las pruebas de esta sustracción o protección a favor de la persona para evitar la responsabilidad penal “pueden existir en forma documental, incluyendo legislación, órdenes, decretos de amnistía, instrucciones y correspondencia”.⁴⁸ Por lo tanto, una ley que es redactada de tal manera que permita que las personas de alto rango eludan su responsabilidad penal por los crímenes cometidos por sus subordinados puede ser considerada como una manera de proteger al acusado, y, como tal, resultar en la declaración de que un Estado “no está dispuesto” a investigar y enjuiciar genuinamente.

La situación en Colombia ha sido examinada preliminarmente por la CPI desde junio de 2004. La Fiscalía ha establecido que hay una base razonable para considerar que crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad – que puedan entrar bajo la jurisdicción de la CPI – han sido cometidos en Colombia tanto por actores estatales y no estatales.⁴⁹ Estos incluyen los llamados casos de “*falsos positivos*” en los que miembros del ejército colombiano presuntamente asesinaron a miles de civiles, quienes posteriormente fueron reportados como guerrilleros asesinados en combate.⁵⁰ Las actividades del examen preliminar de la Fiscalía se enfocan en el aspecto de complementariedad analizado anteriormente, en el cual que se evalúa “si se ha dado prioridad a las acciones judiciales contra los que parecen ser los máximos responsables por los crímenes más graves de competencia de la Corte y si estas acciones judiciales son genuinas”.⁵¹ En este caso, se prestará especial atención a los procedimientos llevados a cabo de acuerdo con la Jurisdicción Especial para la Paz, incluidas las normas jurídicas aplicables para establecer la responsabilidad penal de los comandantes militares de alto rango. Tal y como lo señala la Fiscalía:

La Fiscalía también deberá tomar en consideración si existe alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la Jurisdicción Especial para la Paz, como las relativas a la responsabilidad del superior, que podría socavar su capacidad para proceder

⁴⁵ Preámbulo del Estatuto de Roma.

⁴⁶ Estatuto de Roma, Artículo 17 (1) (a).

⁴⁷ Fiscalía de la CPI, *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, 2003, pág. 30.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 29.

⁴⁹ Fiscalía de la CPI, *Situación en Colombia – Reporte Intermedio*, 14 de noviembre de 2012 (“Fiscalía, *Reporte Intermedio de Colombia*”), paras. 5-10, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=Situation-in-Colombia-Interim-Report>. Véase también Fiscalía de la CPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016) – Situación en Colombia*, 14 de noviembre de 2016 (“Fiscalía, *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016)*”), paras. 237-238, disponible en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=161114-otp-rep-PE>.

⁵⁰ Fiscalía, *Reporte Intermedio de Colombia*, *supra*, para. 8.

⁵¹ Fiscalía, *Reporte Intermedio de Colombia*, *supra*, para. 11.

*de manera genuina en relación con los casos potenciales que podrían surgir de una investigación en la situación.*⁵² (Énfasis añadido)

Este particular énfasis en la responsabilidad de mando fue nuevamente confirmado este año por la propia fiscal, Fatou Bensouda.⁵³ Por lo tanto, puede establecerse que los procedimientos llevados a cabo en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz que conciernen a crímenes por los cuales los comandantes de alto nivel puedan ser responsabilizados penalmente serán de particular interés para la CPI en relación con el requisito de complementariedad regulado en el Estatuto de Roma. En este contexto, la CPI no se limitará a evaluar si se responsabiliza a los perpetradores directos, sino también, y especialmente, si los superiores de alto rango que pueden asumir la mayor responsabilidad son llevados ante la justicia. La Fiscalía ha declarado igualmente que se debe prestar especial atención a los casos concernientes a los *falsos positivos*⁵⁴ mencionados anteriormente. Por lo tanto, una norma jurídica que desde el principio crea ambigüedad y en algunos aspectos incluso contraviene directamente los estándares internacionales reconocidos por el Estatuto de Roma, sería muy probable que sea considerada por la Fiscalía como un fuerte indicador de que Colombia no está dispuesta a investigar y enjuiciar genuinamente.

VI. CONCLUSIÓN

La culminación del acuerdo definitivo de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP marcó un paso crucial para el establecimiento de una paz duradera en Colombia después de más de cincuenta años de conflicto armado, por lo que debe ser acogido positivamente. Sin embargo, es de suma importancia que, con respecto a los crímenes cometidos durante el conflicto, la Jurisdicción Especial para la Paz no sólo establezca la responsabilidad penal de los autores directos, sino que también asegure que aquellos que fallaron en prevenir, reprimir o someter la conducta criminal a las autoridades competentes a pesar de que hubieren sabido o hubieren debido saber que esos crímenes estaban siendo o estaban a punto de cometerse, sean llevados ante la justicia.

El presente *amicus curiae* plantea que el Acto Legislativo No. 01, aprobado por el Congreso en marzo de este año, crea un espacio jurídico para que los comandantes de alto rango eludan la responsabilidad penal, al definir los estándares jurídicos de responsabilidad de mando de acuerdo al Artículo transitorio 24 de una manera que no cumple con los estándares internacionales reconocidos en el Artículo 28 del Estatuto de Roma. Como se señala en las secciones anteriores, la definición de responsabilidad de mando de acuerdo con el Artículo 24 transitorio contraviene expresamente las disposiciones del Estatuto de Roma con relación al requisito de control efectivo, en particular por el requisito de control sobre la *conducta* y por enumerar condiciones concurrentes que hay que probar para demostrar control efectivo. La formulación de sus elementos subjetivos proporciona un lenguaje ambiguo con respecto al requisito subjetivo, dejando por fuera la alternativa reconocida al nivel internacional de conocimiento presunto o el estándar de “hubiera debido conocer”.

Como se concluyó en la sección IV, el primer caso ante la CPI en el cual el acusado fue declarado responsable de acuerdo con la doctrina de responsabilidad de mando (el caso de *Bemba*), probablemente no habría conducido a la condena del acusado si el Acto Legislativo colombiano hubiera sido aplicado en lugar del Estatuto de Roma. Es importante destacar que el Estatuto de Roma de la CPI observa los estándares regulados en tratados internacionales anteriores, tales como los

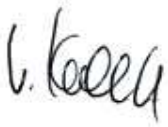
⁵² Fiscalía, *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016)*, *supra*, para. 257.

⁵³ Bensouda, “El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad”, en *Semana*, 21 de enero de 2017, *supra*.

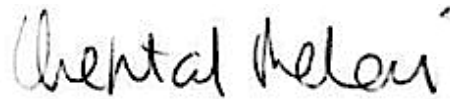
⁵⁴ Fiscalía, *Reporte intermedio de Colombia*, *supra*, para. 22. Véase también Fiscalía, *Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016)*, *supra*, paras. 241-244.

Artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I, con respecto al control efectivo y a los requisitos de conocimiento (*mens rea*).

Garantizar que la doctrina de responsabilidad de mando prevista en el Artículo transitorio 24 cumpla con los requisitos del Estatuto de Roma, no sólo es crucial para los derechos de las víctimas del conflicto, sino que también puede desempeñar un papel determinante en la evaluación de la Fiscalía de la CPI para determinar si Colombia “no está dispuesta”, en virtud del principio de complementariedad de la CPI, a investigar y enjuiciar a nivel nacional. Una definición apropiada que observe los estándares internacionales servirá igualmente como un factor disuasivo para la futura comisión de crímenes por las tropas sujetas a un control y autoridad superior. Por consiguiente, el texto del Artículo transitorio 24 debe ajustarse para que cumpla con el Artículo 28 del Estatuto de Roma.



Wolfgang Kaleck
Secretario General, ECCHR



Prof. Dra. Chantal Meloni
Asesora, ECCHR