

Capítulo séptimo

Constitucionalización del sistema integral de verdad, justicia y reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando¹

Juana Inés Acosta López²
Carlos Enrique Arévalo Narváez³

Resumen

Después de un conflicto armado de más de 52 años con las FARC, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y el grupo guerrillero firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera. Con el objetivo de garantizar la existencia y coherencia del marco jurídico para la implementación de los diferentes puntos acordados en la fase de negociación, el Gobierno Nacional ha sometido al Congreso importantes reformas legales y constitucionales. En este marco, el 4 de abril de 2017 se promulgó el acto legislativo No. 01, mediante el cual se agrega un título transitorio a la Constitución Política, conformado por 27 artículos. En

¹ Los autores agradecen de manera especial a los estudiantes Cindy Espitia, Juan Pablo Acosta y Ana María Idárraga, por su importante apoyo como asistentes de investigación, para la elaboración del capítulo.

² Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. LL.M en International Legal Studies de la New York University (NYU). Actualmente es directora de Profesores e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de La Sabana y consultora en derecho internacional y derechos humanos.

³ Abogado de la Universidad de La Sabana. LL.M en International Legal Studies de la New York University (NYU). Ex magistrado auxiliar de la Corte Constitucional. Actualmente es el director del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

el presente escrito se profundizará en: i) la participación política de excombatientes a la luz del derecho internacional y los derechos de las víctimas; y ii) las vicisitudes de la responsabilidad de mando; dos asuntos centrales que han sido objeto de análisis y discusión tanto por la opinión pública en Colombia como por la academia.

Palabras claves

Justicia transicional, Acuerdo de Paz, Participación política de excombatientes, Responsabilidad del Mando, Colombia.

Abstract

After an armed conflict of over 52 years with the FARC, on November 24, 2016, the Government of Colombia and the guerrilla group signed the Final Agreement for the Ending of Conflict and the Construction of a Stable and Durable Peace. With the objective of guaranteeing the existence and coherence of the legal framework for the implementation of the different points agreed in the negotiation phase, the National Government has submitted to Congress important legal and constitutional reforms. In this context, on April 4, 2017 Legislative Act No. 01 was issued, which added a transitional title to the Political Constitution, made up of 27 articles. This paper will focus on (i) the political participation of ex-combatants in the light of international law and the rights of victims; and (ii) the vicissitudes of command responsibility; two central issues that have been analyzed and discussed by both public opinion and academia in Colombia.

Keywords

Transitional justice, Peace agreement, Political participation of ex-combatants, Command responsibility, Colombia.

Tras 50 años de guerra con las FARC, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y el grupo guerrillero firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera, en el cual se consignaron los principales consensos entre las partes, con respecto a: i) la reforma rural integral; ii) la participación política; iii) el fin del conflicto; iv) la solución al problema de las drogas ilícitas; v) el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no repetición; y vi) la implementación y verificación de los compromisos⁴.

Una vez ratificado el Acuerdo en el Congreso de la República⁵, el Gobierno Nacional ha sometido para su aprobación, a través del mecanismo expedito llamado *fast track*⁶, importantes reformas legales y constitucionales, orientadas a garantizar la existencia y coherencia del marco jurídico para la implementación de los diferentes puntos acordados en la fase de negociación.

En este marco, el 4 de abril de 2017 se profirió el acto legislativo No. 01, mediante el cual se agrega un título transitorio a la Constitución Política, conformado por 27 artículos, en los cuales se regula: i) el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no repetición; ii) la partici-

⁴ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1 Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminacion%C3%B3n-del-conflicto-y-la-construccion%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1> (fecha de consulta: 13 de junio de 2017).

⁵ Durante su paso por el Congreso de la República, el trámite no estuvo exento de polémicas. El proceso de refrendación inició el 29 de noviembre de 2016 en el Senado y finalizó el 30 de noviembre en la Cámara de Representantes. En ambas Cámaras el Partido Político «Centro Democrático» participó activamente en el debate, pero al final no votó para demostrar su posición en contra de la refrendación indirecta. En la primera Cámara fueron 75 votos a favor de la refrendación, que se suman a los 130 de la segunda. Este procedimiento estaba contemplado en el texto del nuevo Acuerdo de fecha del 24 de noviembre de 2016, en su página 219. Para más información consultar algunos medios electrónicos como (fecha de consulta: 22 de junio de 2017): <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/congreso-refrendo-el-nuevo-acuerdo-de-paz-con-las-farc.html>; <https://www.elheraldo.co/colombia/senado-vota-si-la-refrendacion-del-nuevo-acuerdo-de-paz-con-las-farc-306959>

⁶ Para más información consultar el Acto Legislativo 01 del día 7 de julio de 2016, «por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera». Este acto jurídico de reforma constitucional consagra un procedimiento legislativo especial para la paz con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo final. Es un instrumento de carácter excepcional y transitorio, y que en principio funcionará por un período de seis meses contados a partir de la refrendación del Acuerdo de paz (30 de noviembre de 2016), y que podrá ser prorrogado por un periodo adicional de hasta seis meses mediante comunicación del Gobierno Nacional ante el Congreso de la República. Esta notificación la solicitó el ministro del Interior, Guillermo Rivera, el pasado 26 de mayo de 2017, extendiendo la vigencia del procedimiento especial hasta el día 30 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>. (fecha de consulta: 22 de junio de 2017).

pación política de excombatientes; iii) la responsabilidad del mando de los miembros de la Fuerza Pública; y iv) la prevalencia del Acuerdo Final, entre otros asuntos⁷.

Dada la multiplicidad de los temas que se abordan en el acto legislativo, en el presente escrito se profundizará en: i) la participación política de excombatientes a la luz del derecho internacional y los derechos de las víctimas; y ii) las vicisitudes de la responsabilidad del mando; dos asuntos centrales que han sido objeto de análisis y discusión tanto por la opinión pública en Colombia como por la academia⁸.

Antes de abordar los aspectos señalados, resulta importante aclarar que la Corte Constitucional de Colombia se encuentra en este momento analizando —por competencia previa y automática— la constitucionalidad del Acto Legislativo objeto de este análisis. La sentencia que profiera la Corte podrá ser un elemento importante de análisis para el debate.

La adecuación del ordenamiento jurídico para la garantía de la participación en política de quienes hicieron parte del conflicto armado

El capítulo VI del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, desarrollado a través de sus artículos 1.20⁹ y 4¹⁰, recoge puntos centrales que fueron consignados en el Acuerdo Final¹¹ y que buscan ampliar el espectro normativo,

⁷ Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017. Disponible en <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20Nº%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>. Fecha de consulta: 22 de junio de 2017.

⁸ LAPLANTE, Lisa J. Transitional justice and peace building: Diagnosing and addressing the socioeconomic roots of violence through a human rights framework. *The International Journal of Transitional Justice*, 2008, vol. 2, n.º 3, pp. 331-355; OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. The justice balance: When transitional justice improves human rights and democracy. *Human Rights Quarterly*, 2010, vol. 32, n.º 4, pp. 980-1007; WIERZYNSKI, Aneta. Consolidating democracy through transitional justice: Rwanda's Gacaca courts. *NYUL Rev.*, 2004, vol. 79, p. 1934; ÖJENDAL, Joakim; LILJA, Mona (ed.). *Beyond democracy in Cambodia: Political reconstruction in a post-conflict society*. Nias Press, 2009.

⁹ Artículo transitorio 20º. «Participación en política. La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política. Parágrafo. Respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos competencia del Tribunal para la Paz impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia».

¹⁰ Artículo 4. Deróguese el Artículo Transitorio 67, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012.

¹¹ Ver Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminaci%C3%B3n->

para que personas que participaron en el conflicto armado, no importa el tipo de conducta delictiva que hayan cometido, puedan participar en política.

En el primer inciso del citado artículo, se deja claro que ninguna sanción impuesta por la JEP puede limitar el ejercicio de la participación en política ni de los derechos asociados con esta. En el párrafo, se suspenden los delitos de competencia del Tribunal para la Paz por los que hayan sido condenados los miembros de organizaciones rebeldes, hasta tanto no se pronuncie la JEP sobre lo que es de su competencia. Y finalmente, el artículo 4 deroga, en su totalidad, el artículo transitorio 67 de la Constitución¹² —que fue conocido como «Marco Jurídico para la Paz II»— y que impedía que quienes hubiesen sido condenados por delitos de lesa humanidad o genocidio pudieran participar en política.

Debido, entonces, a la flexibilización del marco constitucional para garantizar la participación política de actores del conflicto armado, que se reintegrarán a la vida civil en el proceso de transición hacia la paz, i) se profundizará en los cambios que presenta el acto legislativo y los efectos de la revocación del artículo 67 transitorio de la Constitución Política; ii) se analizará la conformidad de la disposición con el derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política de Colombia y los derechos de las víctimas; y iii) se abordará la importancia del principio de condicionalidad en la apertura democrática a los excombatientes.

Los cambios introducidos por el Acto Legislativo y los efectos de la derogación del artículo 67 transitorio de la Constitución Política

Un mes antes de la instalación oficial de la fase de negociación entre el Gobierno Nacional y las FARC, se expidió el Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012, que agregó los artículos 66 y 67 transitorios a la Constitución Política de Colombia. El primero concibió la posibilidad de que a través de un desarrollo normativo: i) se dé tratamiento diferenciado a los actores del conflicto armado y se establezcan mecanismos de justicia transicional judicial y extrajudicial; ii) se cree una Comisión de la Verdad; y iii) se fijen los criterios de priorización de casos y de selección de los máximos responsables.

del-conflicto-y-la-construcci%C3%B3n-de-una-paz-estable-y-1 (fecha de consulta: 13 de junio de 2017). «36.- La imposición de cualquier sanción en el SIVJNR no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política, para lo cual las partes acordarán las reformas constitucionales pertinentes».

¹² Artículo transitorio 67. «Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos».

El Artículo 67, que será objeto de estudio en el presente texto, por su parte, si bien buscaba abrir las puertas a la participación política de excombatientes, establecía dos límites centrales. Por un lado, señalaba que, mediante ley estatutaria, se fijarían los delitos conexos al delito político para efectos de permitir la participación en política y, por el otro lado, impedía la participación de quienes hubieran sido condenados o seleccionados para ser procesados por delitos de lesa humanidad y genocidio¹³.

Ahora bien, como ya se señaló, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 no solo derogó el artículo 67 transitorio sino que expresamente eliminó toda barrera para que, incluso personas que hayan sido condenadas por cometer crímenes internacionales puedan participar en política.

Esto supone, a la vez, que se elimina el vínculo, que aún quería mantener el artículo 67 transitorio y la primera versión del proyecto de acto legislativo¹⁴, entre el delito político y la participación política, lo cual resultaba restrictivo frente a aquellos actores dentro del conflicto armado que no son considerados delincuentes políticos, como pueden ser los miembros retirados de la fuerza pública o quienes hacían parte de los grupos paramilitares, y a quienes en este momento se les proscriben la participación en política.

En nuestra opinión, si el fin último del proceso de justicia transicional que ha iniciado el país es alcanzar la paz y la reconciliación de la sociedad colombiana, resultaba necesario permitir que todos aquellos que quieran cambiar la guerra con armas por el debate con ideas lo pueda hacer, siempre y cuando se haya puesto al día en sus obligaciones con el pueblo colombiano y especialmente con las víctimas del conflicto, como se abordará a continuación.

El artículo transitorio 20 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política de Colombia y los derechos de las víctimas

Importantes discusiones han surgido frente a la conformidad de la participación política de excombatientes con los estándares derivados del derecho internacional y la Constitución Política de Colombia.

Tras la aprobación del proyecto de acto legislativo que contemplaba el artículo 67 transitorio, a modo de ejemplo, se demandó su inconstitucionalidad al considerar que la disposición sustituía el «marco democrático», en tanto la responsabilidad de cometer infracciones al DIH, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, bajo el concepto del demandante, era suficiente para que se constituyera un impedimento, sin excepción,

¹³ Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012.

¹⁴ La primera versión del proyecto de Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, en el segundo párrafo del artículo 17, derogaba únicamente la disposición que impedía a los responsables de cometer crímenes internacionales participar en política.

para la participación en política. De lo contrario, se desconocería no solo la Constitución sino también las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado¹⁵.

Al respecto, en el presente subcapítulo se abordará: i) la inexistencia, en el derecho internacional, de estándares vinculantes que puedan mitigar la autonomía de Colombia para determinar las condiciones en que los excombatientes, una vez reinsertados, puedan participar en política; ii) los presupuestos necesarios que, por el contrario, sí se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos, para la limitación de los derechos políticos; y iii) la jurisprudencia constitucional que ha reconocido un margen de configuración del Estado para regular esta materia.

En primer lugar, como ya ha sido señalado de forma previa —y en otras ocasiones¹⁶— el derecho internacional no proscribía la posibilidad de que quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos o crímenes internacionales en el marco de un conflicto armado, una vez se desmovilicen y reincorporen a la sociedad civil, puedan participar en política.

De hecho, la práctica de Estados que también han afrontado un proceso de transición¹⁷ da cuenta de, i) la importancia de concebir e implementar reformas estructurales al sistema electoral, que permitan una apertura democrática —de 34 Estados analizados, 26 contemplaron en el acuerdo de paz la modificación al modelo¹⁸—; ii) el rol central que cumple, en la construcción de una paz estable y duradera, la habilitación de excombatientes para participar en política¹⁹; y iii) la inexistencia de impedimentos para garantizar la participación de actores del conflicto incorporados a la vida civil, sin importar los crímenes cometidos en el marco de los conflictos.

Frente al último punto, llama especialmente la atención que de diez acuerdos que contemplaron la modificación del sistema electoral para garantizar la participación política de excombatientes, en ninguno se consideró, ni en la fase de negociación ni en la de implementación, alguna limitación a la

¹⁵ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

¹⁶ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

¹⁷ El análisis de Derecho comparado se ha llevado a cabo, tomando como fundamento, la información sistematizada en la Peace Matrix Accord, desarrollada por la Universidad de Notredame.

¹⁸ Angola, Bangladesh, Bosnia, Burundí, Camboya, Congo, Djibouti, El Salvador, Guatemala, Indonesia, Ivory Coast, Libia, Liberia, Macedonia, Mozambique, Nepal, Papúa Nueva Guinea, Ruanda, Sierra Leona. Sudáfrica, Sudán, Tajikistán, Timor Leste y Reino Unido.

¹⁹ En diez acuerdos de paz, se concibió la posibilidad de que los excombatientes pudieran formar un partido político, votar y ser elegidos.

calidad de los miembros del grupo armado o a la naturaleza de los delitos cometidos²⁰.

Así pues, no solo no existen estándares en el derecho internacional de los derechos humanos sobre los límites al margen de configuración del Estado en la regulación de la participación de excombatientes, en contextos de justicia transicional —asunto ratificado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577/14²¹—, sino que la experiencia de diversos Estados da cuenta de la amplia discrecionalidad que tienen los países para promover, con la apertura democrática, la búsqueda de la paz.

Ahora bien, ante la ausencia de estándares aplicables de forma concreta, a procesos de transición, resulta pertinente acudir al desarrollo, tanto jurisprudencial como doctrinal, que ha surgido y se ha derivado del contenido de los derechos políticos que, lejos de propender por limitar la participación política, presenta una tendencia a garantizar su ejercicio, sin injerencias o limitaciones injustificadas, ilegales, innecesarias o desproporcionadas²².

En tal sentido, el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra que:

«(...) La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior [incluido el derecho a ser elegido], exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

²⁰ Angola: Protocolo de Lusaka y Memorando de Entendimiento de Luena; Congo Brazzaville: Acuerdo para el fin de las hostilidades en el Congo; El Salvador: Acuerdo de Chapultepec; Guatemala: Acuerdo para una paz firme y duradera; Indonesia: MoU between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement; Mozambique: Acuerdo general de Paz para Mozambique; Ruanda: Acuerdo de Arusha; Sierra Leona: Acuerdo de Paz de Abidjan y Acuerdo de Paz de Lomé.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-577/14. «Por el contrario, frente al delito político en el ámbito de la participación política, los desarrollos jurisprudenciales han sido mínimos y no existen estándares internacionales que limiten su aplicación, lo que implica que el Estado goza de pleno margen de discrecionalidad en especial, cuando se trata de un contexto de justicia transicional que busca poner fin a un conflicto armado de décadas»

²² ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015. En nuestra opinión, si bien la mención de las normas del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional resultó importante para reforzar la conclusión de que la participación política es un contenido transversal en la Constitución, un análisis más robusto le hubiera permitido a la Corte llegar a una conclusión más contundente y esencial para el juicio de sustitución: el derecho internacional de los derechos humanos no solo promueve la participación política, sino que además exige que las restricciones a este derecho sean justificadas por los Estados con mayor rigor. Esta conclusión estuvo ausente en las intervenciones ante la Corte y en la sentencia».

Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que:

«Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

La Corte IDH y el TEDH²³ han señalado que: i) «la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello»²⁴; ii) toda limitación a este derecho debe ser rigurosamente justificada y debe acreditar su legalidad, obedecer a un fin legítimo, ser necesaria en una sociedad democrática, proporcional respecto del interés que justifica y adecuada al objetivo legítimo y, por último²⁵; iii) debe corresponder únicamente a las causales enunciadas en el artículo 23.2 de la CADH —razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal—²⁶.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 25 establece que «[c]ualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables (...)»²⁷ y que «[l]os Estados Partes *deben indicar y explicar las disposiciones legislativas* en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o

²³ ECHR, Case Mathieu-Mohin and Clerfayt v Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A, No. 113. párr. 54; ECHR, Case Zdanoka v Latvia, judgment of 16 March 2006 [GC], no. 58278/00, § 103, 113. ECHR 2003-II, Case of Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], n.ºs 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 87;

²⁴ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

²⁵ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, Párrafo 107; Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 222; Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²⁶ Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 222; Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

²⁷ Comité de Derechos Humanos: Observación General n.º 25, 4.

categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos»²⁸. (Cursiva añadida)²⁹.

En consecuencia, si bien los Estados pueden reglamentar los derechos políticos, cualquier restricción debe estar justificada en las causales establecidas en la norma —artículo 23.2 de la CADH— y debe responder a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Esto significa que antes que prohibir la participación política de ciertas personas o grupos de ciudadanos, el derecho internacional de los derechos humanos exige justificar las restricciones a esta participación.

La Corte Constitucional colombiana, en la única sentencia en la que ha tenido la oportunidad de abordar de forma profunda la participación en política de excombatientes³⁰, si bien no resaltó la naturaleza protectora del derecho internacional de los derechos humanos a la participación política de los ciudadanos, sin distinción, y los requisitos que deben surtirse para limitar este derecho —aspecto que hubiera sido central para el juicio de sustitución³¹—, sí reconoció tres asuntos centrales: i) la participación política como un principio transversal de la Constitución; ii) la apertura democrática en contextos de justicia transicional como una materialización de dicho principio; y iii) la existencia de un margen de apreciación *amplio* del Estado colombiano «que le permite adaptar su regulación a las específicas necesidades que pueden surgir en los procesos que en pos de un objetivo como la paz, requieran la adopción de marcos de justicia transicional, en los que siempre jugará un papel protagónico la reconciliación»³².

Sobre este último aspecto resulta fundamental resaltar, como lo hemos reiterado en otras ocasiones³³, que si bien el concepto de margen de apreciación es aplicable a toda la estrategia de justicia transicional, existen materias en

²⁸ Comité de Derechos Humanos: Observación General n.º 25, 15. Ver al respecto también JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ, MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO. «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

²⁹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo» Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

³¹ ACOSTA LÓPEZ, Juana Inés y LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, «Juicio de sustitución: la participación política de excombatientes como desarrollo del marco democrático participativo», Justicia de Transición y Constitución II: Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional. En: Colombia ISBN: 978-958-35-1071 ed.: Editorial Temis S A, v., pp. 85-119, 2015.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

³³ *Ibíd.*

las que el margen es más amplio y otras en las que es más estrecho. En este sentido, existe mayor margen de apreciación en la regulación de la participación política en el marco de la justicia transicional, y menor margen de apreciación, por ejemplo, en relación con la garantía de los derechos de las víctimas. Cuando aspectos relacionados con la participación política se conectan directamente con los derechos de las víctimas, el análisis respecto del margen de apreciación deberá ser muy cuidadoso para no vulnerar las obligaciones internacionales y nacionales del Estado.

En este caso, el Tribunal señaló que «la posibilidad de participación en política, per se, no afecta los derechos que constituyen la garantía sustantiva que un Estado debe reconocer a las víctimas»³⁴.

Así pues, bajo el desarrollo anterior, el artículo 20.1 del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, al ampliar el espectro de la participación política de excombatientes, permitiendo que también participen quienes hayan cometido otros crímenes internacionales, como los de lesa humanidad y genocidio, constituye una materialización, i) del margen de apreciación amplio con el que cuenta el Estado sobre la materia; ii) la tendencia del derecho internacional a los derechos humanos de garantizar los derechos políticos, sin establecer límites o restricciones que no obedezcan estrictamente a los criterios establecidos en el artículo 23.2 de la Convención Americana; y iii) la búsqueda por garantizar la reintegración y la reconciliación en el país, mediante la promoción de la difusión de las ideas, a través de la palabra y el debate, y no a través de las armas.

A la vez, lejos de vulnerar los derechos de las víctimas del conflicto en Colombia, contribuirá a su satisfacción, pues permitirá que aquellos miembros de los grupos guerrilleros que aspiren participar en política y hayan cometido delitos de lesa humanidad, no se autocensuren al momento de aceptar su responsabilidad contribuyendo así al esclarecimiento de la verdad. Eso sí, como explicaremos a continuación, siempre y cuando hayan cumplido su sanción y contribuido a salvaguardar los derechos de las víctimas, que han sido perjudicadas por sus actuaciones como combatientes.

Saldar su cuenta con la sociedad es un requisito indispensable para quienes quieran participar en política

Al analizar si el artículo 67 transitorio incorporado por el llamado Marco Jurídico para la Paz a la Carta Política, sustituía o no el texto constitucional, la Corte Constitucional estableció como prerrequisito para que un desmovilizado pueda participar en política, el que se ponga al día con la sociedad, pues de no hacerlo se corre el riesgo de menoscabar los derechos de las

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-577/14.

víctimas, incluso llegando a generar escenarios de revictimización cuando quienes han tenido que sufrir graves violaciones a sus derechos ahora tengan que soportar ver a los perpetradores, sin que se haya alcanzado el más mínimo nivel de justicia, como sus representantes o incluso dirigentes locales o regionales.

Por esa razón, fue enfática la Corte en afirmar en su Sentencia C-577 de 2014 que: «(...) la posibilidad de participación en política prevista por el artículo acusado [artículo 67 transitorio] se entiende acorde con el ordenamiento constitucional, en tanto quien entre a formar parte de la comunidad política *haya saldado su deuda con la sociedad*». (Itálicas fuera del texto original).

Incluso el Alto Tribunal colombiano fue más allá, al establecer una serie de condiciones que se deben cumplir por parte de aquellos combatientes que pretendan participar en política después de hacer parte de un grupo insurgente, con el fin de permitir una efectiva reincorporación a la comunidad política de quienes fueron una vez actores del conflicto armado:

«Para alcanzar dicho objetivo y, en armonía con el artículo transitorio 66 de la Constitución, es indispensable que quienes aspiren a participar en política, hayan cumplido con todas las obligaciones consideradas axiales a la efectiva reincorporación de los miembros de grupos armados que hacían parte del conflicto, a saber: (i) no tener condenas penales pendientes; (ii) la dejación de las armas; (iii) el reconocimiento de responsabilidad; (iv) la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas; (v) la liberación de los secuestrados y (vi) la desvinculación de los menores de edad reclutados que se encontraran en poder del grupo armado que se desmoviliza».

El no cumplir con las mencionadas seis (6) condiciones antes de participar en política generará dos consecuencias, según la Corte: (1) por un lado, se violaría el derecho de las víctimas a la justicia y el correlativo deber del Estado de impartirla, especialmente frente a graves violaciones de derechos humanos, y (2) por otro lado, se incumpliría con el fin esencial de la justicia transicional: la reconciliación de la sociedad con miras a establecer una paz positiva.

Así, de acuerdo al máximo juez constitucional, permitir la participación en política de quienes fueron actores del conflicto sin que hayan cumplido las sanciones que les fueron impuestas, sin contribuir a la reparación de las víctimas, ni al esclarecimiento de la verdad, resulta en un menoscabo de los derechos de estas últimas y el incumplimiento por parte del Estado de sus deberes en materia de derechos humanos.

Estas condiciones, de conformidad con el relator de las Naciones Unidas para la promoción de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, aportarán, sin lugar a dudas, al restablecimiento de la confianza de

las víctimas hacia las instituciones y a la satisfacción de sus expectativas de justicia³⁵.

En el análisis del derecho comparado, resulta interesante la experiencia de El Salvador y Angola, ya que durante la implementación de los acuerdos, se estableció como requisito para la habilitación del partido político y la subsecuente participación en las elecciones, la entrega definitiva de las armas y el cumplimiento de los demás compromisos del Acuerdo.

En El Salvador, el Tribunal Supremo Electoral estableció como requisito la completa desmovilización para la legalización del partido político «Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional»³⁶ y en Angola, a pesar de que ya había sido habilitado el partido de la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola, la Asamblea Nacional, en octubre de 1998, revocó el estatus especial que tenía Jonas Savimbi, líder del partido político, por el incumplimiento de la UNITA a los diferentes compromisos suscritos en la fase de negociación³⁷, relacionados, especialmente, con las garantías de no repetición de las víctimas.

Si bien estas dos experiencias dan cuenta de la importancia de establecer condicionamientos para que la apertura democrática en contextos de justicia transicional no afecte los derechos de las víctimas, también ponen de presente de la necesidad de que, desde el principio, estos requisitos sean conocidos, con claridad, por el grupo armado que se encuentra en proceso de desmovilización y planea reintegrarse a la vida civil, pues, de lo contrario, una medida como la pérdida del derecho a participar en las elecciones, puede ser considerada como un incumplimiento del Estado a los Acuerdos y como un obstáculo a la consecución de la paz³⁸.

A pesar de que en el marco del debate del proyecto de acto legislativo que contenía el artículo 20 transitorio, objeto de análisis en el presente capítulo, recomendamos al Congreso que propusiera la inclusión de las condiciones constitucionales que se deben cumplir antes de participar en política esta-

³⁵ ONU. Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. 9 de agosto de 2012. A/HRC/21/46. «Para que “fructifiquen” las medidas de respuesta a las secuelas de violaciones irreparables es imprescindible no solo que se perciba su conveniencia sino que se reconozcan como esfuerzos por hacer justicia, a pesar de sus limitaciones. Se trata de una especie de condición previa más allá de la cual se plantean las cuestiones más prácticas de la satisfacción».

³⁶ ONUSAL. December 1992 - 1992. End of the armed conflict. Disponible en: <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/onusalbackgr2.html>. Última consulta: 24 de junio de 2017.

³⁷ MONUA. «Report of the Secretary-General on the United Nations Observer Mission in Angola (MONUA)», U.N. Security Council (S/1998/1110), November 23, 1998.

³⁸ Joshi, Madhav, Jason Michael Quinn & Patrick M. Regan. 2015. «Annualized Implementation Data on Intrastate Comprehensive Peace Accords, 1989-2012». *Journal of Peace Research* 52(4): 551- 562.

blecidas en la Sentencia C-577 de 2014, como parte del capítulo del Acto Legislativo que regula el tema³⁹, observamos que esta inclusión no se llevó a cabo y que la disposición que reformó la Constitución no consideró los requisitos establecidos por el Alto Tribunal.

Con independencia de lo anterior, y hasta tanto no exista una interpretación contraria o más profunda por parte del Tribunal Constitucional, la disposición deberá de ser analizada de forma sistemática, considerando entonces estos condicionamientos como presupuestos de la participación política del artículo 20 transitorio de la Constitución. Esto, con independencia de que el artículo 67 haya sido derogado, pues las consideraciones de la Corte Constitucional, que en nuestro parecer hacen parte de la *ratio decidendi*, deben ser conservadas por el Tribunal Constitucional, a pesar de que haya desaparecido la norma constitucional fundamento de la decisión judicial.

La responsabilidad del mando en el contexto de la paz en Colombia - ¿el nuevo invento de un viejo concepto?

El Acuerdo Final alcanzado entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC, para poner fin a más de 50 años de conflicto armado, ha desatado varias discusiones jurídicas en su intento por mantener un equilibrio entre los cuatro pilares de un proceso de justicia transicional, que a su vez tienen la doble connotación de ser derechos de las víctimas: verdad, justicia, reparación y no repetición.

Uno de los temas que más ha generado cuestionamientos a nivel nacional e internacional, convirtiéndose en el foco de controversias y desacuerdos, es el de la adopción en el Acuerdo Final suscrito el 26 de noviembre de 2016, de un concepto de responsabilidad del mando, que —algunos afirman⁴⁰— difiere en puntos esenciales con lo consignado en el Derecho Internacional

³⁹ Intervención ante el Congreso de la República.

⁴⁰ Ver. GUARÍN, Rafael, «El artículo 28», Revista Semana, 24 de enero de 2017, disponible en <http://www.semana.com/opinion/articulo/falsos-positivos--juzgar-a-los-altos-mandos-militares/513169> VIVANCO, José Miguel (Human Right Watch), «Carta sobre la "responsabilidad del 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> BERNAL PULIDO, Carlos, «La responsabilidad del mando», Ámbito Jurídico, 24 de febrero de 2017, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-del-mando> UPRIMNY, Rodrigo, «Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado», La Silla Vacía, 27 de febrero de 2017, disponible en <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

Humanitario y en el Derecho Penal Internacional, concretamente, en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En el punto 5 del Acuerdo, que versa sobre las víctimas del conflicto y establece el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, concretamente en lo que corresponde a la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del componente *Justicia*, las partes pactaron lo siguiente sobre la responsabilidad del mando aplicada a miembros de la Fuerza Pública:

«En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando 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 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»⁴¹. (Subrayado fuera del texto original).

Lo dispuesto en el Acuerdo, plantea tres condiciones para el surgimiento de la responsabilidad de un superior por los actos violatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario cometidos por sus subordinados: (i) debe existir un control efectivo sobre la conducta realizada por el subordinado; (ii) la conducta omisiva del superior debe ser juzgada a la luz del conocimiento que él tuviese del hecho ilícito, con base en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta; y finalmente, (iii) se deben considerar los medios que el superior tenía a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Ese mismo concepto de responsabilidad del mando, con los tres elementos reseñados, se replica para el caso de los mandos de las FARC, con algunas pequeñas modificaciones, no esenciales sino operacionales, derivado de su condición de actor no estatal en el conflicto⁴². Así, por

⁴¹ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2, p. 152, párr. 44, disponible en <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una-paz-estable-y-1> (fecha de consulta: 13 de junio de 2017).

⁴² *Ibid.*, apartado 5.1.2, p. 164, párr. 59: «Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional

ejemplo, al referirse al tercer elemento, el Acuerdo Final establece que el análisis de responsabilidad deberá tener en cuenta: «(...) los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes»⁴³. Esa modificación, haciendo uso de un lenguaje menos preciso que la obligación de promover las investigaciones procedentes establecidas para miembros de la Fuerza Pública, es el resultado de la imposibilidad que tienen los superiores del grupo guerrillero de acudir ante las autoridades para poner en su conocimiento los hechos cometidos por sus cuadros militares.

Aunque no es un punto en el que buscamos profundizar en este capítulo, consideramos relevante reseñar que la posibilidad, derivada del DIH⁴⁴, de que los actores no estatales parte de un conflicto armado (como lo son las FARC) establezcan Tribunales para imponer sanciones y juzgar las conductas de sus miembros con el fin de mantener la disciplina o incluso de otros, ha sido una cuestión controvertida a nivel internacional⁴⁵. No

Penal. El componente de justicia del SIVJNRN tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. 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».

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ El artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra establece la prohibición de proferir frente a las personas que no participan directamente en las hostilidades: «las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados». En el mismo sentido, el artículo 6.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, establece con respecto al «(...) enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado», que: «[n]o se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad». Estas obligaciones aplican tanto para los Estados, como para los actores no estatales del conflicto.

⁴⁵ Sobre la discusión de si los actores no estatales que participan en un conflicto armado no internacional pueden o no conformar Tribunales de Justicia y respetar en ellos del debido proceso, decidió una Corte del Distrito Sueca que, a la luz del derecho internacional humanitario, ellos tienen esa capacidad e incluso pueden imponer sanciones penales bajo unas circunstancias concretas. Corte del Distrito de Estocolmo, Caso No. B 3787-16, sentencia del 16 de febrero de 2017, disponible en <http://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2017/03/Stockholms-TR-B-3787-16-Dom-2017-02-16.pdf> Una traducción parcial y no oficial al inglés se puede encontrar en: Eleonora Heim (supervised by Marco Sassòli and Yvette Issar), Sweden/Syria, Can Armed Groups Issue Judgements? Disponible en <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments> Adicionalmente ver. SIVAKUMARAN, Sandesh, «Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice?», Journal

obstante, el grupo armado debe contar con los mecanismos de control que permitan demostrar el actuar diligente del superior militar frente a las conductas criminales de los hombres bajo su mando, que conoció con posterioridad a que acontecieran. De no existir dichos mecanismos, el superior del grupo siempre sería responsable, o, por el contrario, nunca podría serlo por imposibilidad de cumplimiento, vaciando el contenido de la obligación.

Buscando implementar el Acuerdo Final, el nuevo concepto de responsabilidad del mando fue incorporado a la Constitución colombiana a través del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, pero con aplicación exclusiva a los miembros de la Fuerza Pública. Se reiteran los tres elementos de control efectivo, conocimiento y medios a su alcance planteados en el texto del Acuerdo, pero adicionalmente se incluyen cuatro condiciones que deben concurrir para que exista control efectivo del superior sobre los actos de sus subordinados. El artículo transitorio en cuestión se encuentra en este momento en vigor, esperando decisión de la Corte Constitucional sobre su validez.

El tema de responsabilidad del mando también fue incluido en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, radicada el 1º de agosto de 2017 por el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República. En dicho Proyecto de Ley, cuyo trámite legislativo está en curso, se regula la responsabilidad del mando de la Fuerza Pública haciendo un llamado a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, pero, se regula de manera distinta dicho principio de atribución de responsabilidad en el caso de los mandos de las FARC.

Existen entonces tres estándares penales de responsabilidad del mando, o del superior aplicables en el contexto colombiano; uno aplicable a la Fuerza Pública incorporada a la Constitución a través de una reforma, otro a los mandos de las FARC desarrollado en un Proyecto de Ley Estatutaria, y el consignado en el Estatuto de Roma:

of International Criminal Justice No. 7 (2009), disponible en <https://academic.oup.com/jicj/article/7/3/489/864372/Courts-of-Armed-Opposition-Groups-Fair-Trials-or-CLAPHAM>, Andrew, «Detention by Armed Groups under International Law», 93 *International Law Studies* (2017) 1-44, disponible en <http://stockton.usnwc.edu/ils/vol93/iss1/1/SOMER>, Jonathan, *Opening the Floodgates, Controlling the Flow: Swedish Court Rules on the Legal Capacity of Armed Groups to Establish Courts*. EJIL Talk! Disponible en <https://www.ejiltalk.org/opening-the-floodgates-controlling-the-flow-swedish-court-rules-on-the-legal-capacity-of-armed-groups-to-establish-courts/HEFFES>, Ezequiel, *Can armed groups legally establish their own courts?* ICRC Blog Law & Policy. Available online at: <https://medium.com/law-and-policy/can-armed-groups-legally-establish-their-own-courts-c0842c4b9740>

Estatuto de Roma	Acto Legislativo 01 de 2017	Proyecto de Ley Estatutaria No. 08 de 2017 ⁴⁶
<p>Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:</p> <p>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:</p> <p>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</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p>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;</p> <p>ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y</p> <p>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.</p>	<p>Artículo transitorio 24. Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal. La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:</p> <p>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;</p> <p>b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;</p> <p>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</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 61. Responsabilidad de los mandos de las FARC-EP. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía. Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.</p>

⁴⁶ Congreso de la República, Gaceta del Congreso N.º 626, 1.º de agosto de 2017, p. 13.

El contenido normativo de los tres regímenes aplicables en el contexto de justicia transicional colombiano, permite identificar discrepancias entre ellos. Frente a las inconsistencias entre el estándar de responsabilidad del mando aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y a quienes pertenecieron a las FARC, las consecuencias derivadas de ella se mitigarían a la luz del principio de trato equitativo, según el cual el tratamiento de justicia para unos y otros, puede ser diferenciado pero debe ser equilibrado y equitativo⁴⁷. Es decir, que si la aplicación de un determinado estándar de responsabilidad del mando resultare ser más favorable para los militares colombianos que para los guerrilleros de las FARC o viceversa, los jueces de la JEP podrán corregir en el caso concreto esa disparidad con base en el mencionado principio.

Finalmente, en cuanto la discrepancia entre los elementos de la responsabilidad del mando desarrollados en el contexto normativo colombiano, en contraste con lo establecido por el Estatuto de Roma, y valga la pena incluir en este punto, con el contenido derivado del derecho internacional, materializado en el Derecho Internacional Humanitario, en los Estatutos de otros Tribunales Penales internacionales, y en su jurisprudencia, es el objetivo de este escrito plantearse si Colombia tiene un margen de apreciación que le permitiría distanciarse del estándar internacional y si en ese sentido puede plantear un contenido distinto en su ordenamiento jurídico, o si por el contrario, Colombia debe adecuar la regulación que haga de la responsabilidad del mando a lo establecido en el derecho internacional penal y humanitario. Por último, cabrá preguntarnos: cuáles serán las consecuencias de mantener un principio de atribución de responsabilidad del superior distinto, a lo establecido por la Corte Penal Internacional, pero también al DIH.

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, abordaremos: (i) en primer lugar, cuál es el alcance que la responsabilidad del mando tiene en el derecho internacional; (ii) si existe una discrepancia entre el elemento de la responsabilidad de control efectivo desarrollado en Colombia y el existente a nivel internacional; y (iii) si el estándar de conocimiento establecido en Colombia es distinto, más o menos exigente que el establecido en el derecho internacional; (iv) Como corolario, plantearemos cuales pueden ser las consecuencias de mantener en el marco normativo del proceso de justicia transicional con las FARC, un estándar distinto al del derecho penal internacional y el DIH aplicable a Colombia.

⁴⁷ Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, versión del 24 de noviembre de 2017, apartado 5.1.2, p. 150, párr. 34. Congreso de la República, Proyecto de Ley Estatutaria Número 08 de 2017, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, artículo 63. Tratamiento equitativo, Gaceta del Congreso No. 626, 1º de agosto de 2017, p. 13.

*El concepto de responsabilidad del mando en el derecho internacional*⁴⁸

La responsabilidad de los comandantes contiene dos conceptos distintos. Por un lado, hace referencia la responsabilidad directa del superior militar, derivada de haber ordenado a sus subordinados la realización de actos ilícitos, escenario en el cual el superior podrá ser encontrado responsable por acción, y el subordinado podrá atenuar la sanción o incluso no ser encontrado responsable, dependiendo de las circunstancias concretas. Por otro lado, la denominada responsabilidad del mando o del superior, desarrollada por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, es considerada como un principio de atribución de la responsabilidad individual, a la luz del cual, quienes estando en la posición de hacerlo no previenen o castigan los crímenes cometidos por sus subordinados, se hacen responsables a título de omisión, no de acción⁴⁹, es decir, se juzga lo que el superior dejó de hacer, el incumplimiento de sus deberes, su falta de diligencia, no lo que hizo, pues eso corresponderá a otros criterios de atribución.

A nivel internacional, la responsabilidad del mando tiene sus orígenes en el principio —propio del derecho militar— de que toda fuerza militar debe ser comandada por personas que sean responsables de sus subordinados⁵⁰, como es recogido en el numeral 1º del artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya del 29 de julio de 1899 (Haya II)⁵¹, reiterado en el mismo anexo a la Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 (Haya IV)⁵². Ese princi-

⁴⁸ Algunas de las reflexiones y consideraciones incluidas en este capítulo, fueron publicadas por uno de autores en la Revista Semana: IBÁÑEZ, Augusto, MEDELLÍN, Pedro y ARÉVALO, Carlos, «¿Qué ajustar de los Acuerdo de Paz?: la responsabilidad de mando, Revista Semana, 14 de octubre de 2016, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/ajustes-a-los-acuerdos-de-paz-responsabilidad-de-mando/499084>

⁴⁹ Ver BANTEKAS, Ilias, «The Contemporary Law of Superior >responsibility», The American Journal of International Law, Volume 93, 1999, pp. 575-576. WILLIAMSON, Jamie A., «Some considerations on command responsibility and criminal liability», International Review of the Red Cross, Volume 90, Number 870, June 2008, pp. 303-304. METTRAUX, Guenaël, «The Doctrine of Superior/ Command Responsibility», The Peace and Justice Initiative, disponible en <http://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/command-responsibility> Fecha de la consulta 10.09.2017.

⁵⁰ Ver KORTFÁLT, Linnea. Article 28 Statute of Rome – General Remarks: Responsibility of commanders and other superiors. En: KLAMBERG, Mark (Ed.). The Commentary on the Law of the International Criminal Court – CLICC. Disponible en <https://www.casematrixnetwork.org/es/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/>

⁵¹ En el mencionado artículo se establece que: «Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: || 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos».

⁵² Comité Internacional de la Cruz Roja, Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), 18 de octubre de 1907, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>

pio militar, también encuentra desarrollo en el Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Condición de los Heridos y Enfermos de los Ejércitos en el Campo de Batalla del 27 de julio de 1929, que en su artículo 26 dispone que: «Los comandantes en jefe de los Ejércitos beligerantes dispondrán los detalles para la realización de los artículos precedentes, así como para los casos de conformidad con las instrucciones de sus respectivos Gobiernos y de conformidad con los principios generales de la presente Convención»⁵³. (Traducción libre del texto en inglés).

La responsabilidad del mando ha sido reconocida por el Comité Internacional de la Cruz Roja como una norma perteneciente a la costumbre internacional del derecho de los conflictos armados (DIH), según la cual: «Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables»⁵⁴. Norma consuetudinaria, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales —como es el caso colombiano—, que encuentra sustento en lo establecido en los artículos 86.2⁵⁵ y 87.3⁵⁶ del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

En materia penal internacional, la aplicación de la responsabilidad del mando ha sido recogida en los Estatutos de los principales Tribunales internacionales *ad hoc* como es el caso del Tribunal Internacional para la antigua

⁵³ International Committee of the Red Cross, Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 27 July 1929, article 26, disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=1182E96558CCAE1C12563CD00518C25>

⁵⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, «El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario», Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen 1. Buenos Aires. 2007. Norma 153, pp. 632 y ss.

⁵⁵ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 86.2: «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».

⁵⁶ *Ibid.* Artículo 87.3: «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».

Yugoslavia⁵⁷, el de Ruanda⁵⁸, el de Sierra Leona⁵⁹, el de Timor Oriental⁶⁰, el de Camboya⁶¹, y por supuesto, la ya antes reseñada Corte Penal Internacional, cuya naturaleza no es *ad hoc* sino permanente.

Después de observar las normas consuetudinarias y convencionales del DIH, y la forma como los Tribunales Penales internacionales regulan en sus estatutos la responsabilidad del mando, se puede llegar a una primera serie de conclusiones: 1. Que se trata de un concepto propio del derecho internacio-

⁵⁷ Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia a partir de 1991. Artículo 7, numeral 3º: «*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.*».

⁵⁸ Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Artículo 6, numeral 3º: «*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.*».

⁵⁹ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. Artículo 6, numeral 3º: «*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.*» (Traducción libre). Disponible en <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>

⁶⁰ Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental). Administración Transicional en Timor Oriental (UNTAET), Regulación No. 2000/15, del 6 de junio de 2015, «Sobre el Establecimiento de Paneles con Jurisdicción Exclusiva sobre Graves Infracciones Penales». Sección 16: «*Además de otras causales de responsabilidad penal en virtud de la presente regulación sobre graves infracciones penales a que se hace referencia en las secciones 4 a 7 de esta regulación, el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en las citadas secciones 4 a 7 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.*» (Traducción Libre). Disponible en <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untatR/Reg0015E.pdf>

⁶¹ Ley sobre el establecimiento de Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya para la investigación y sanción de crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. Artículo 29, inciso 3º: «*El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 3 nuevo, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste tenía mando y control efectivo o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior 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.*» (Traducción Libre). Disponible en https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

nal, que incluso es aplicable a todos los Estados que participen en un conflicto armado, que no demostraron oponerse a él en su etapa de formación, por vía de la costumbre. 2. Aunque no existe una identidad literal en el texto de todas las disposiciones, si se pueden identificar una serie de elementos comunes, tanto en el DIH, como en el DPI. En primer lugar, que el superior será responsable de los actos criminales cometidos por su subordinado, si: (i) sabía (un conocimiento real) o poseía información que le permitiera concluir / tenía razones para saber (conocimiento inferido); (ii) el superior debía actuar diligentemente y adoptar medidas necesarias y razonables para impedir que los ilícitos se cometieran, o, para castigar a quienes los perpetraron. En segundo lugar, se presume una relación de subordinación (*de iure* o *de facto*) no centrando la discusión de la atribución en ello, pero, pareciera que en la mayoría de los casos, salvo en el Tribunal de Camboya, también se presume el control efectivo del superior frente a su subordinado, elemento que si es explícitamente determinado en el Estatuto de Roma.

Si bien el principio de responsabilidad del mando ha sido definido en reiteradas disposiciones, con cierto grado de uniformidad, la determinación específica de su contenido, alcance y aplicación, ha sido desarrollada en la jurisprudencia internacional derivada de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁶², del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia⁶³, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁶⁴, y más recientemente, en decisiones de la Corte Penal Internacional⁶⁵.

Aunque existen antecedentes previos a los mencionados en este capítulo, el desarrollo moderno del concepto de responsabilidad del mando tiene su origen en el juicio del General del Ejército Imperial japonés Tomoyuki Yamashita adelantado por la Comisión militar de los Estados Unidos en Manila del 8 de octubre al 7 de diciembre de 1945 y revisado por la Corte Suprema

⁶² Estados Unidos, Tribunal Militar de Núremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case (ibíd., párr. 657) y List (Hostages Trial) case (ibíd., párr. 658); Estados Unidos, Corte Suprema, Yamashita case (ibíd., párr. 659); Reino Unido, Tribunal Militar de Wuppertal, Rauer case (ibíd., párr. 656); Tribunal Militar Internacional de Tokyo, Case of the Major War Criminals (ibíd., párrs. 693 a 700) y Toyoda case (ibíd., párr. 701). Referenciados en HENCKAERTS *et al.* Supra Note 14, p. 632, Nota 42.

⁶³ TPIY, Martić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 705), Karadžić and Mladić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 706), Delalić case, fallo (ibíd., párr. 707), Aleksovski case, fallo (ibíd., párr. 708), Blaskić case, fallo (ibíd., párr. 709), Kunarac case, fallo (ibíd., párr. 711), Kordić and Cerkez case, fallo (ibíd., párr. 712), Krstić case, fallo (ibíd., párr. 713) y Kvocka case, fallo (ibíd., párr. 714). Referenciados en HENCKAERTS *et al.* Supra Note 14, p. 632, Nota 44.

⁶⁴ Tribunal Internacional Penal para Ruanda, Fiscal v. Jean Paul Akayesu, Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998.

⁶⁵ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, Situación de la República Centroafricana en el caso de la Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, Sentencia del 26 de marzo de 2016. Párrs. 170-213.

de los Estados Unidos, en sentencia proferida el 4 de febrero de 1946⁶⁶. La acusación contra Yamashita se basó en que el peticionario había fallado en su deber como comandante del ejército de controlar las operaciones de sus tropas, permitiéndoles cometer atrocidades contra la población civil y los prisioneros de guerra. Fue declarado culpable y condenado a muerte, dando origen «al principio decisivo de que un comandante puede ser encontrado penalmente responsable a la luz del derecho internacional por los crímenes cometidos por sus hombres»⁶⁷. En su análisis sobre la responsabilidad de los comandantes, consideró la Comisión Militar:

«Claramente, la asignación de comandar tropas militares viene acompañada de una amplia autoridad y una gran responsabilidad. Esto ha sido cierto en todos los ejércitos a lo largo de la historia. Es absurdo, sin embargo, considerar a un comandante un homicida o un violador porque uno de sus soldados comete un homicidio o una violación. Sin embargo, donde homicidios y violaciones, y actos de venganza son delitos generalizados, y no hay un intento efectivo de un comandante por descubrir y controlar dichos actos criminales, tal comandante puede ser considerado responsable, incluso penalmente, por los actos ilegales de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias que los rodean»⁶⁸. (Traducción libre).

Llegando a la conclusión en el caso del general Yamashita, que durante el periodo en el que miembros de las Fuerzas Armadas japonesas cometieron una serie de atrocidades, él falló en proveer el control efectivo de sus tropas como era requerido por las circunstancias⁶⁹.

En el mismo sentido, en desarrollo de lo dispuesto en sus Estatutos, en el *Caso de Jean Paul Akayesu* mediante Sentencia del 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, estableció que la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados era aplicable a los conflictos internos. En el marco de dicha decisión, la sala de juzgamiento del Tribunal analizó la particularidad de la responsabilidad del mando, concluyendo que ella difiere de otros tipos de responsabilidad

⁶⁶ United States Supreme Court, *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946), disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/1/case.html>

⁶⁷ METTRAUX, Guénaél, «The Law of Command Responsibility», Oxford University Press, New York, 2009. p. 8.

⁶⁸ United Nations War Crimes Commission, «Law Reports of Trials of War Criminals», Volume IV, London, 1948, Case No. 21, Trial of General Tomoyuki Yamashita. p. 35, disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf

⁶⁹ *Ibíd.*: «General Yamashita: The Commission concludes: (1) That a series of atrocities and other high crimes have been committed by members of the Japanese armed forces under your command against people of the United States, their allies and dependencies throughout the Philippine Islands; that they were not sporadic in nature but in many cases were methodically supervised by Japanese officers and non-commissioned officers; (2) That during the period in question you failed to provide effective control of your troops as was required by the circumstances».

en que «(...) no se requiere que el superior haya actuado con conocimiento de que se hacía a sí mismo penalmente responsable, sino que bastaba con que tuviese razones suficientes para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer o ya habían cometido un crimen y fallara en adoptar las medidas necesarias o razonables para prevenir dicho acto o para castigar a sus perpetradores»⁷⁰.

Por otro lado, en el *Caso Hadzihasanovic y otros*, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, determinó que la responsabilidad del mando no podía extenderse a los crímenes cometidos por subordinados antes de que el acusado asumiese el mando sobre él. Si bien la conclusión del Tribunal es que en el caso estudiado no aplicaba la responsabilidad del superior, para llegar a esa respuesta tuvo que analizar el contenido de la costumbre internacional en la materia, reconociendo su aplicación a los conflictos armados no internacionales⁷¹.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la responsabilidad por el mando, es un concepto propio del derecho internacional que tiene unos estándares construidos en materia penal. Por esa razón, incluir nuevos elementos normativos a ese concepto, que contradigan lo dispuesto en ese derecho, que, como se evidenció, ha venido siendo aplicado en situaciones análogas a las afrontadas en el marco del conflicto armado en Colombia, generaría consecuencias negativas para el proceso de paz colombiano. En ese orden de ideas, es preciso entrar a analizar las posibles contradicciones que se pueden presentar entre la regulación colombiana de la responsabilidad del mando en el marco de los Acuerdos para poner fin al conflicto, y el contenido de ese principio de atribución de responsabilidad desarrollado en el derecho internacional. Concretamente nos enfocaremos en el análisis de dos elementos de la responsabilidad del mando: el control efectivo, y el conocimiento que deben tener los superiores de que la conducta se iba a cometer o se había cometido.

⁷⁰ Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 479. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: «Therefore, as can be seen, the forms of participation referred to in Article 6 (1), cannot render their perpetrator criminally liable where he did not act knowingly, and even where he should have had such knowledge. This greatly differs from Article 6 (3) analyzed here below, which does not necessarily require that the superior acted knowingly to render him criminally liable; it suffices that he had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed a crime and failed to take the necessary or reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof. In a way, this is liability by omission or abstention». Adicionalmente sobre el tema de responsabilidad por el mando, ver párrafos 486 a 490.

⁷¹ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura. Caso No. IT-01-47-AR72. Decisión del Auto Interlocutorio de competencia de la Cámara de Apelaciones. 16 de julio de 2003, párrs. 37 a 56.

El criterio adoptado en Colombia de control efectivo sobre la respectiva conducta criminal

En uno de los cambios incluido en el Acuerdo Final al concepto de responsabilidad del mando, implementado a través del artículo 24 transitorio incorporado a la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2017, el Gobierno Nacional y las FARC pretenden que el *control efectivo* que ejerce el superior, no sea general sobre los actos de sus subordinados, sino sobre la conducta delictiva específica que derivó en una violación a los derechos humanos o al DIH.

El concepto de control efectivo propio de la responsabilidad del mando en materia penal internacional, obedece a la relación superior–subordinado. Así lo recoge expresamente el Estatuto de Roma en su artículo 28: «(...) cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo (...) en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas», dejando claro y sin lugar a controversia hermenéutica, que se trata de un control sobre las fuerzas y no sobre la conducta específica desplegada por estas, que deriva en un crimen internacional.

Corroborando lo anterior, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el Caso Mucic y otros, conocido como *Caso Čelebići*, analizó la propuesta presentada por la Fiscalía, que, en el aspecto relevante para el presente estudio afirmó: «(...) la responsabilidad del mando implica una relación superior – subordinado en la que el superior efectivamente controle al subordinado, en el sentido que el superior posee la capacidad material para prevenir o castigar los delitos»⁷².

El Tribunal por su parte consideró que: «(...) la Cámara de juzgamiento aplicó el test correcto —si Delic [uno de los acusados] ejerció el control efectivo al tener la capacidad material para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados— (...)»⁷³. En conclusión, la Corte fue clara al considerar que el control efectivo: (i) es del 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.

⁷² Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka «Pavo»), Hazim Delic y Esad Landžo (Aka «Zenga»). Caso Celebici. Caso No. IT-96-21-A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, 20 de febrero de 2001, párr. 295. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: «(...) command responsibility entails a superior-subordinate relationship in which the superior effectively controls the subordinate, in the sense that the superior possesses the material ability to prevent or punish the offences (...)».

⁷³ *Ibíd.*, párr. 305. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: «(...) the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber essentially applied the correct test —whether Delic exercised effective control in having the material ability to prevent or punish crimes committed by subordinates— (...)».

En el caso *Galic*, ese mismo Tribunal consideró que: «(...) el control debe ser efectivo para que exista una relación relevante de superior a subordinado. El control se establece si el comandante tenía “el poder o la autoridad de jure o de facto para prevenir el crimen de un subordinado o para castigar a los autores del crimen después de que este fue cometido”⁷⁴, pero no requiere un control sobre la conducta delictiva específica».

En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en el marco del *Caso Bemba*, reiteró en una decisión del 2009, que el control efectivo es una manifestación de la relación superior – subordinado entre el sospechoso y las fuerzas o los subordinados en una relación jerárquica *de iure* o *de facto*⁷⁵. En la reciente decisión del 21 de marzo de 2016 sobre el mismo caso, la Sala de Primera Instancia III, reitera ese punto⁷⁶, pero, adicionalmente aclara que: «A los efectos del apartado a) del artículo 28, a raíz de la aplicación jurisprudencia, la Sala considera que el “control efectivo” requiere que el comandante tenga la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes»⁷⁷. Esto demuestra, que la relación debe ser del comandante con su subordinado, tan concreta como para permitirle prevenir o castigar la conducta delictiva cometida por él, pero en ningún momento, que le permita controlar, no al autor, sino la conducta como tal, pues de hacerlo, como pretende la normatividad colombiana, el comandante pasaría a ser responsable por acción y no por omisión.

Adicionalmente, el artículo transitorio 24, incorpora cuatro condiciones que deben ser cumplidas de manera concurrente para que exista mando y control efectivo del superior, sobre los «actos de sus subordinados» afirma la norma. Las mencionadas condiciones son:

«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 conduc-

⁷⁴ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Stanislav Galic, Sala de Juzgamiento, Caso IT-98-29-T, Sentencia del 5 de diciembre de 2003, párr. 173.

⁷⁵ Corte Penal Internacional. Sala de Prejuzgamiento. Decisión respecto al Artículo 61(7) (a) y (b) del Estatuto de Roma con relación a los cargos presentados por la Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo. Caso No. ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párrs. 411 y ss.

⁷⁶ Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, Situación de la República Centroafricana en el caso de la fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-3343, Sentencia del 26 de marzo de 2016, párr. 184.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 183.

ta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión».

Si bien en el caso *Bemba* se tuvo en cuenta la presencia de una serie de factores que pueden indicar la existencia de un control efectivo, dentro de los cuales pueden estar recogidos los planteados en el artículo transitorio 24, haciendo un llamado a los casos *Blaškić* y *Strugar* de la Sala de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia, la Corte Penal Internacional confirma que factores como esos pueden ser tenidos en cuenta como evidencias pero no como derecho sustantivo, totalmente lo contrario a lo que se está haciendo en el caso colombiano⁷⁸.

En conclusión, el elemento de control efectivo en la responsabilidad del mando, corresponde en el derecho internacional a una relación del subordinado con el superior, y no a la relación de este con el crimen cometido, como pretende la variación del estándar incorporada en el ordenamiento colombiano. Prueba de que el control efectivo no se limita a la conducta ilícita, es que existe una obligación del superior de actuar más allá de ella, concretamente, a la luz del deber que tiene de promover las investigaciones procedentes una vez la conducta ya ha sido cometida. Finalmente, con la adopción de los cuatro criterios concurrentes para la existencia de un control efectivo, la legislación colombiana está elevando las condiciones para el surgimiento de la responsabilidad del mando, haciendo que sea más difícil su aplicación al caso concreto de un comandante, generando el riesgo de que un máximo responsable, miembro de las Fuerzas Militares o de las FARC que no actuó acorde con los estándares de diligencia establecidos en el derecho internacional humanitario frente a las conductas de sus subordinados, se quede en la impunidad.

El conocimiento basado en la información a disposición del superior antes, durante y después de la realización de la conducta

Uno de los puntos más discutidos en el marco de la incorporación de un nuevo estándar de responsabilidad del mando en Colombia, es el relacionado con el conocimiento que debe tener el superior sobre la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, también conocido como elemento subjetivo o *mens rea*. En gran medida, las controversias se han generado, porque, como se analizó en la sección sobre la naturaleza de la responsabilidad del mando en el derecho internacional, las disposiciones del DIH y del derecho penal internacional que regulan el tema, no tienen un mismo contenido normativo.

Sobre esas diferencias, el Comité Internacional de la Cruz Roja al establecer la responsabilidad del mando como una costumbre internacional, consideró

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 188.

que: «La práctica confirma que la responsabilidad no se limita a situaciones en las que el jefe o superior jerárquico tiene un conocimiento real de los crímenes cometidos o que iban a cometer sus subordinados, sino que basta un conocimiento inferido. Esta noción se expresa en varias fuentes con formulaciones ligeramente diferentes: el jefe o superior «*tenía razones para saber*», «*[los superiores] sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento*», «*en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber*», «*es responsable de no haber estado al corriente*» y era “*culpable de negligencia penal por no haber sabido*”. Estas formulaciones cubren, básicamente, el concepto de conocimiento inferido»⁷⁹.

De acuerdo con el estándar desarrollado en el derecho internacional, los superiores pueden ser encontrados responsables con base en un conocimiento real (sabía) o en un conocimiento inferido (debía saber). Esto ha sido reiterado en los Casos *Čelebići*⁸⁰ y *Galic*⁸¹ del Tribunal para la antigua Yugoslavia. Asimismo, ese modelo bifaz de conocimiento del comandante, fue consignado en el artículo 28 del Estatuto de Roma con la fórmula: «*Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*».

Contrario a lo planteado anteriormente, el modelo de responsabilidad del mando colombiano, se fundamenta «*en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta*», según lo dispuesto en el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, estableciendo un estándar de conocimiento exclusivamente real y dejando de lado la posibilidad de que el conocimiento del superior responsable sea inferido.

Nuevamente, como en el caso del control efectivo, las modificaciones incorporadas en el ordenamiento colombiano al elemento subjetivo de la responsabilidad del mando, contradicen lo dispuesto en el derecho internacional, particularmente en el Estatuto de Roma del cual Colombia es uno de sus Estados parte, elevando los criterios para su aplicación y generando que este nuevo principio de atribución, a la colombiana, pueda servir de puerta de escape para que un máximo responsable de los peores vejámenes se quede en la impunidad.

⁷⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, «El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario», Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen 1. Buenos Aires. 2007. Norma 153, p. 635.

⁸⁰ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka «Pavo»), Hazim Delic y Esad Landžo (Aka «Zenga»). Caso Celebici. Caso No. IT-96-21-T. Sentencia de la Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 1998, párrs. 768-770.

⁸¹ Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. Fiscal v. Stanislav Galic, Sala de Juzgamiento, Caso IT-98-29-T, Sentencia del 5 de diciembre de 2003, párrs. 174 y 175.

Como corolario: la responsabilidad del mando en Colombia es un cáliz envenado

Una de las cuestiones sobre las cuales todavía no hay una respuesta clara en el ordenamiento jurídico colombiano, es si el concepto de responsabilidad del mando desarrollado en el derecho internacional es vinculante o no para Colombia, debe ser aplicado directamente, por ejemplo, siguiendo el tenor de lo dispuesto en la Corte Penal Internacional, o si por el contrario, los países cuentan con un margen de apreciación que permitiría modificar algunos de los elementos esenciales de dicho principio de atribución de la responsabilidad individual, como se ha demostrado que se ha hecho en el país suramericano.

Específicamente sobre la responsabilidad del mando, no como norma consuetudinaria, sino como principio de atribución de responsabilidad recogido en el artículo 28 del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en las Sentencias SU-1184 de 2001, C-181 de 2002, C-578 de 2002 y C-801 de 2009. El máximo Tribunal Constitucional ha entendido que la responsabilidad del superior militar bajo los parámetros del artículo 28 (a) del Estatuto de Roma, se ajustan a la Carta Política y resultan aplicables en el orden interno. Solo con eso ya se plantea un problema normativo y es que tendría al interior del ordenamiento jurídico distintas regulaciones para la misma realidad, generando así el surgimiento de una antinomia, fácilmente corregible si el estándar colombiano replicara al internacional.

Hasta ahora en sus pronunciamientos, la Corte Constitucional no ha declarado con claridad que lo dispuesto en el artículo 28 (a) en concreto o la responsabilidad del mando, de manera más amplia, haga parte del bloque de constitucionalidad, es decir, prevalezcan en el ordenamiento jurídico, como sí lo hacen las normas incorporadas a la Carta a través de una reforma, como es el caso del artículo transitorio 24. En ese orden de ideas, estaríamos ante una contradicción constitucional que nunca se ha presentado en Colombia y es el surgimiento de una inconstitucionalidad sobreviniente de una norma contenida en un tratado internacional previamente avalado por la Corte Constitucional (aval que hace tránsito a cosa juzgada constitucional), en este caso el Estatuto de Roma, que sería contrario en su artículo 28 al Acto Legislativo 01 de 2017.

En vista de lo anterior, consideramos que la responsabilidad del mando aplicada a superiores militares, según lo establecido en el derecho internacional, no solo es aplicable directamente en Colombia, sino que hace parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior basado en que dicho concepto hace parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y como tal, es aplicable directamente en nuestro ordenamiento jurídico tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las Sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995 y C-991 de 2000 entre otras, en las que incluso llegaron a darle el valor de normas de *ius cogens* a todo el DIH, lo que

para los autores de este escrito es un error que ya se ha venido corrigiendo la Corte en decisiones posteriores⁸².

En su libro *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*, Alejandro Ramelli afirma refiriéndose a la responsabilidad del superior que: «la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las normas consuetudinarias son parte del bloque de constitucionalidad si regulan derechos que no admiten ser limitados bajo estado de excepción, lo cual no acontece en el presente caso, por cuanto se trata de una norma consuetudinaria atinente a una forma de responsabilidad penal»⁸³. Los autores discrepan de la posición del profesor Ramelli, toda vez que la responsabilidad del mando sí desarrolla un derecho fundamental, y es el derecho a la justicia de las víctimas del conflicto armado, que se materializa en la obligación de los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar, las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

En el mismo sentido, el profesor Carlos Bernal Pulido, hoy magistrado de la Corte Constitucional, ha considerado que la responsabilidad del mando, regulada en el artículo 28 del Estatuto de la CPI, no es parte del bloque de constitucionalidad, ni constituye un pilar esencial de la Constitución que no pueda ser reformado a través de un Acto Legislativo⁸⁴. Con base en el mismo fundamento descrito en el párrafo anterior, también discrepamos de la posición del profesor Bernal, pues la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013, estableció «que existe un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. En virtud de este mandato, existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; y (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario». (Sub-

⁸² Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-291 de 2007 y C-910 de 2013.

⁸³ RAMELLI, Alejandro, «Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia», Ediciones Uniandes, Bogotá, 2011, p. 582.

⁸⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, «La responsabilidad del mando», *Ámbito Jurídico*, 24 de febrero de 2017, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-responsabilidad-del-mando>: «(...) podría pensarse que no incorporar el artículo 28 del Estatuto remplace un elemento esencial de la Constitución ligado al bloque de constitucionalidad: la obligación estatal de proteger los derechos humanos. Cabe dudar de que esto sea así. El Acto Legislativo 2 del 2001 y la Corte Constitucional (en la Sentencia C-578/02) reconocieron que podrían existir discrepancias entre el derecho interno y el Estatuto de Roma y que estas discrepancias están constitucionalmente permitidas. Así mismo, la Corte Constitucional, en sentencias como las C-290 del 2012, ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma forma parte del bloque de constitucionalidad. En cuanto al artículo 28, la Corte lo mencionó en la Sentencia C-181 del 2002, pero no lo aplicó como parte del bloque de constitucionalidad. Incluso, si formara parte del mismo, se incurriría en un formalismo excesivo si se pretendiera derivar una inconstitucionalidad solo por su no incorporación al proyecto».

rayado fuera del texto original). De acuerdo con esa obligación del Estado, modificar un estándar normativo para generar con ello que algunos de los máximos responsables no sean judicializados por sus actos, constituye una sustitución de la Carta Política.

Finalmente, consideramos que incluir nuevos y distintos elementos normativos al concepto de responsabilidad del mando, que contradigan lo dispuesto en el derecho internacional, que, como se evidenció, ha venido siendo aplicado en situaciones análogas a las afrontadas en el marco del conflicto armado colombiano, generaría tres consecuencias negativas para el proceso de paz: (i) una falta de legitimidad de las nuevas disposiciones que se quedarían sin más sustento que la voluntad de las partes en conflicto materializada en el Acuerdo Final y en las normas derivadas de él para su implementación; (ii) el surgimiento de una contradicción a normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad y de la Constitución reformada; y (iii) la posible activación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre aquellos dejados de seleccionar como máximos responsables de crímenes internacionales como consecuencia de la aplicación del nuevo concepto de responsabilidad por el mando.

El nuevo modelo de responsabilidad del mando establecido en Colombia, es un cáliz envenenado que generará que quienes no sean responsabilizados por sus omisiones en su país, con los beneficios propios de un sistema de justicia transicional, terminen siéndolo a instancias internacionales, atentando así contra la estabilidad y seguridad jurídica de las decisiones judiciales que buscan cerrar el conflicto, no permitiendo la reconciliación y reconstrucción del tejido social colombiano.