

El derecho penal internacional y la utilización en Colombia de la teoría de la responsabilidad penal por el mando en la Justicia Transicional*.

International criminal law and the use in Colombia of the theory of criminal liability for the command in Transitional Justice.

Recibido: Julio 14 de 2021 - Evaluado: Agosto 31 de 2021 - Aceptado: Octubre 15 de 2021

Henry Torres Vásquez**
Danilo Alfredo Ortiz Vargas***
Leydi Yurani Vargas Tirado****

Para citar este artículo / To cite this article

Torres Vásquez, H., Ortiz Vargas D. A. & Vargas Tirado, L.Y. (2021). El Derecho penal internacional y la utilización en Colombia de la teoría de la responsabilidad penal por el mando en la justicia transicional. *Revista Academia & Derecho*, 12(número especial), xx-xx.

Resumen:

La responsabilidad penal por el mando a través del cual se adjudica la atribución de responsabilidad penal por las conductas punibles efectuadas por los subordinados es relevante sobre todo cuando se trata de un período de posconflicto como el que atraviesa actualmente el Estado colombiano. Desde el ámbito internacional su base doctrinal se fundamenta en un proceso de codificación del derecho penal internacional que se consolidó con la creación de la Corte Penal Internacional y que hoy irradia sus efectos en distintos estamentos jurídicos internos. El artículo analiza el desarrollo de la responsabilidad de mando por actos de los subordinados tanto en el Derecho Internacional Humanitario desde el punto de vista internacional como en el caso colombiano. Buscando en todo caso su posible aplicación en Colombia. El análisis es realizado con un doble lente, por un lado, en materia doctrinal y por otro desde lo jurídico y su tratamiento en la jurisprudencial, con el fin de llegar a establecer las posturas tanto discordantes como concordantes con la aplicación de ese tipo de responsabilidad penal. Se concluye que tanto a nivel interno como internacional se le puede imputar a un

* Artículo inédito. Artículo de investigación. Producto derivado del proyecto de investigación “La Justicia transicional colombiana frente al derecho penal internacional dentro del Grupo de Investigación “Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario” reconocido por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

** Doctor en Sistema penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral: análisis del terrorismo de Estado, máxima calificación “Cum Laude” por unanimidad, 2008. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en derecho en España. Par académico e investigador Asociado (1) de Colciencias. Profesor Asociado de Derecho penal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Correo electrónico: henry.torres01@uptc.edu.co.

*** Abogado. Magister en DD.HH Docente Facultad de Derecho Uptc. Correo electrónico: danilo.ortiz@uptc.edu.co. Doctorando Estudios Migratorios Universidad de Jaén. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2046-2280>.

**** Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Correo electrónico: abogadavargastl@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8388-3646>.

comandante militar o civil una conducta asociada a un hecho que contravía la legislación, delito que se efectúa por parte del subordinado caracterizado por una omisión o falta de supervisión y control efectivo sobre esta conducta por parte del superior.

Palabras clave: Responsabilidad penal por el mando; Justicia transicional; Jurisdicción Especial para la Paz; Colombia; conflicto armado.

Abstrac:

The criminal responsibility for the command through which the attribution of criminal responsibility for the punishable behaviors carried out by subordinates is awarded is relevant especially when it is a post-conflict period such as the one currently going through the Colombian State. From the international level, its doctrinal base is based on a process of codification of international criminal law that was consolidated with the creation of the International Criminal Court and that today radiates its effects in different internal legal bodies. The article analyzes the development of command responsibility for acts of subordinates both in International Humanitarian Law from the international point of view and in the Colombian case. In any case, looking for its possible application in Colombia. The analysis is carried out with a double lens, on the one hand, in doctrinal matters and, on the other, from the legal point of view and its treatment in jurisprudence, in order to establish both discordant and concordant positions with the application of this type of responsibility. penal. It is concluded that both internally and internationally, a military or civil commander can be accused of conduct associated with an act that violates the law, a crime that is carried out by the subordinate characterized by an omission or lack of supervision and effective control over this behavior by the superior.

Keywords: Criminal responsibility for command; Transitional justice; Special Jurisdiction for Peace; Colombia; armed conflict.

Resumo:

A responsabilidade penal do comando através do qual é atribuída a atribuição de responsabilidade penal pelas condutas puníveis realizadas pelos subordinados é relevante especialmente quando se trata de um período pós-conflito como o que o Estado colombiano atravessa atualmente. No plano internacional, sua base doutrinária se baseia em um processo de codificação do direito penal internacional que se consolidou com a criação do Tribunal Penal Internacional e que hoje irradia seus efeitos em diferentes estratos jurídicos internos. O artigo analisa o desenvolvimento da responsabilidade de comando por atos de subordinados tanto no Direito Internacional Humanitário do ponto de vista internacional quanto no caso colombiano. Olhando em qualquer caso para sua possível aplicação na Colômbia. A análise é realizada com dupla lente, por um lado, em matéria doutrinária e, por outro, a partir do jurídico e seu tratamento na jurisprudência, a fim de estabelecer posições tanto discordantes quanto concordantes com a aplicação desse tipo de responsabilidade. penal. Conclui-se que tanto interna como internacionalmente, um comandante militar ou civil pode ser acusado de conduta associada a ato infrator da lei, crime praticado pelo subordinado caracterizado por omissão ou falta de fiscalização e controle efetivo sobre essa conduta parte do superior.

Palavras-chave: Responsabilidade criminal por comando; justiça de transição; Jurisdição Especial para a Paz; Colômbia; conflito armado.

Résumé:

La responsabilité pénale du commandement par lequel est attribuée l'attribution de la responsabilité pénale pour les comportements punissables des subordonnés est pertinente, en particulier lorsqu'il s'agit d'une période post-conflit telle que celle que traverse actuellement l'État colombien. Au niveau international, sa base doctrinale repose sur un processus de codification du droit pénal international qui s'est consolidé avec la création de la Cour pénale internationale et qui rayonne aujourd'hui ses effets dans différentes strates juridiques internes. L'article analyse le développement de la responsabilité de commandement pour les actes de ses subordonnés tant dans le droit international humanitaire du point de vue international que dans le cas colombien. A la recherche en tout cas de son éventuelle application en Colombie. L'analyse est effectuée avec une double lentille, d'une part, en matière doctrinale et d'autre part du droit et de son traitement dans la jurisprudence, afin d'établir des positions à la fois discordantes et concordantes avec l'application de ce type de responsabilité. pénal. Il est conclu que tant sur le plan interne qu'international, un commandant militaire ou civil peut être accusé d'un comportement associé à un acte qui viole la loi, d'un crime commis par le subordonné caractérisé par une omission ou un manque de supervision et de contrôle effectif de ce comportement sur la part du supérieur.

Mots-clés: Responsabilité pénale du commandement ; la justice transitionnelle; Juridiction Spéciale pour la Paix ; La Colombie; conflit armé.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. De la responsabilidad individual a la responsabilidad de mando en el plano internacional. -2. Los elementos de la responsabilidad penal del mando conforme a la normativa internacional. -3. Responsabilidad Penal de los integrantes de la Fuerza Pública en la justicia de transición en Colombia. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción.

Las investigaciones sobre responsabilidad del mando por delitos de los subordinados son relevantes sobre todo cuando se trata de un período de posconflicto como el que atraviesa actualmente el Estado y la sociedad colombiana, en tanto reflejan una base en un proceso de codificación del derecho internacional que se consolidó con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y que hoy irradia sus efectos en distintos estamentos jurídicos internos.

El historial jurisprudencial y normativo sobre las primeras posturas de rendición de cuentas y responsabilidad individual a nivel internacional, que, si bien no contienen la Responsabilidad penal por mando (RdM), sí constituyeron que hoy se entiende por este instituto. De manera que, para poder comprenderlo se ha de estudiar tanto los juicios de Núremberg como los del lejano Oriente donde se elaboraron los primeros esfuerzos hacia la responsabilidad de mando. Sin embargo, este no estaría completo si no se tiene en cuenta tanto la doctrina y la jurisprudencia que con posterioridad dio lugar al establecimiento de actitudes tanto a favor como en contra basadas en que de haberlas habría un derecho penal fundamentado en una responsabilidad penal objetiva hoy proscrita en todos los ordenamientos penales en el mundo.

Pues bien, la responsabilidad del mando es un instituto propio del Derecho Internacional (DI) por medio del cual se le puede imputar a un comandante militar o civil una conducta asociada a un hecho que contravía la legislación y que se efectúa por parte del subordinado caracterizado

por una omisión o falta de supervisión y control efectivo sobre esta conducta por parte del superior. El comandante omite las medidas oportunas para prevenir y reprimir la comisión de la conducta penal lo que desconoce la normativa sobre conflictos armados, así contemplado tanto en el derecho penal como en el derecho internacional de los conflictos internacionales o derecho internacional humanitario de dónde, de hecho, se reitera, tiene su génesis.

Al estudiar la responsabilidad individual se tiene que tener total claridad de que esta responsabilidad, cuando se trate en materia penal puede o no hacer parte del instituto de responsabilidad de mando, en ese sentido, en lo que sigue se procura hacer claridad sobre los elementos iniciales que dieron origen y sentaron las bases para la responsabilidad del mando, producto de una voluntad de responsabilizar internacionalmente a ciertos sujetos por sus conductas delictivas que mayormente interesa a la comunidad internacional por ser de las más graves.

Para tal efecto, se estudia la jurisprudencia emitida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y su contexto la que creó un clima propicio para la codificación y posterior desarrollo del derecho internacional.

De igual modo y en una visión holística de los elementos de imputación en la responsabilidad de mando se contemplan, las reglas de responsabilidad provenientes del Protocolo I adicional (Arts. 86, 87) a los Convenios de Ginebra que busca aclarar cuestiones relativas a la responsabilidad de los superiores y también el artículo 7.3 del estatuto del TPIY, la lectura en conjunto de estos dos documentos son la base teórica para la responsabilidad del mando concebida antes de las construcciones jurisprudenciales.

Pregunta objeto de investigación

En Colombia se desarrolla el Acuerdo de Paz en el cual se creó la Jurisdicción Especial para la Paz con el fin de estudiar la responsabilidad penal de los superiores de las fuerzas tanto de la fuerza pública como de las Farc-Ep, es así que en este artículo se pregunta ¿Al estudiarse el derecho penal internacional se puede utilizar actualmente en Colombia en medio de la justicia transicional la teoría de la responsabilidad penal por el mando?

Metodología

Para cumplir con el objetivo previsto en el artículo se formaliza un método descriptivo en el que se llevan a cabo diferentes niveles de construcción teórica basados en la jurisprudencia en interna y externa en materia de responsabilidad de mando por actos de sus subordinados y el tratamiento diferenciado que se los integrantes de la otorga a la fuerza pública en el marco jurídico de la Jurisdicción Especial para la Paz. También se emplea el método análisis síntesis que permite presentar los siguientes resultados.

Esquema de resolución del problema jurídico

Para resolver el problema jurídico planteado se parte del estudio de la responsabilidad individual; de la responsabilidad de mando en el plano internacional; y finalmente se estudia la responsabilidad penal de los integrantes de la Fuerza pública en la justicia de transición en Colombia, para llegar a unas validas conclusiones.

Plan de redacción.

1. De la responsabilidad individual a la responsabilidad de mando en el plano internacional.

Con el objeto de contextualizar la manera en cómo surgió la responsabilidad del individuo (que a su vez desembocó en la responsabilidad del mando) en el espectro internacional, se han de precisar varios aspectos relevantes. Así pues, para comienzos del siglo XIX si bien aún no se hacía referencia positivamente de una responsabilidad de mando si existían incipientes ideas a favor, ya en el periodo de la posguerra se abocó por un ideal de responsabilidad individual; esta tendencia gradualmente resultó en la institucionalización internacional de este tipo de responsabilidad. Estos estándares establecidos sobre la responsabilidad del mando en esas coyunturas fueron las bases de lo que hoy se entiende por este instituto jurídico.

Cuando se habla de las primeras instituciones sobre responsabilidad internacional del individuo se encuentra que esta tiene su génesis en el DIH y que al mismo tiempo es el resultado de diferentes reglas existentes desde épocas más remotas como producto de una elaboración social y jurídica que alcanzaron un desarrollo con un pensamiento más humanitario respecto de violaciones masivas a derechos humanos (Bastos Osorio, Gómez Mina & Mogrovejo Andrade, 2017). La humanización del derecho fue lo que ocasionó que los periodos de la ilustración y con los aportes de Hugo Grotius, denominado, como uno de los “padres del derecho internacional”, en palabras de este jurista neerlandés, “para hacer a un hombre responsable de las faltas de otro, debe haber una concurrencia entre conocimiento y permisividad”, (Grocio, 2004, pp. 454-455, citado por Herrera, 2018, p. 16), se comenzarán a crear organizaciones con fines humanitarios y una codificación relativa a las reglas sobre escenarios hostiles.

Estas nuevas formas de lograr hacer justicia en escenarios de conflictos armados como por ejemplo el colombiano, en el que como dice Torres “hubo miles de crímenes cometidos por todos los actores armados, no obstante ser crímenes extremadamente graves de conformidad con el derecho internacional, numerosos de estos crímenes, están en la impunidad” (Torres Vásquez, 2017, pág. 141), en ese contexto se requieren tomar las bases del derecho internacional para la tipificación de estas conductas como delitos las que se vieron materializadas en el reglamento anexo al IV Convenio de la Haya de 1907, aunque este instrumento aún no era lo suficientemente preciso en materia de responsabilidad (Pérez-León, 2007) si fue y es muy importante. Así pues, no se estableció la responsabilidad como tal en los juicios de Leipzig, más sirvió como un impulso para despertar el interés de la comunidad internacional y a la larga tuvo como resultado que se tuvieran avances por medio de la creación de un tribunal permanente de justicia.

La noción de responsabilidad individual comenzó a ser institucionalizada unos años más tarde. En el punto de partida de la responsabilidad individual se ha de incluir la responsabilidad de mando la cual tuvo lugar inmediatamente después de la segunda Guerra mundial por medio del juzgamiento de nazis y japoneses derrotados cuyo estudio se dio en el Tribunal Militar de Núremberg y el Tribunal de Tokio. La llamada responsabilidad de mando por acción se internacionalizó a través del tribunal de Núremberg y la responsabilidad de mando por defecto (omisión) tuvo lugar en el tribunal de Tokio.

De manera que al hablar en el espectro internacional sobre rendición de cuentas de fuerzas militares la doctrina moderna cita la responsabilidad de mando desde las Convenciones de la Haya de 1907, aun así, el concepto de procesar superiores basados en su responsabilidad no fue establecido sino hasta después de la primera Guerra mundial.

La ejecución de este tipo de responsabilidad se produjo una vez culminada la segunda Guerra mundial a través de los juicios de Núremberg y Tokio con la participación de alemanes y japoneses, esto, teniendo en cuenta la responsabilidad de mando como fundamento para determinar el vínculo bajo el cual se podía determinar la responsabilidad individual de los superiores a cargo en el marco de los escenarios hostiles de la época.

Ahora, el orden que regía en materia de protección de la persona y libertad con ciertos principios internacionales si bien cumplía con un papel importante no resultaba ser suficiente en cuanto aún no se habían formalizado para otorgarle su reconocimiento organizacional en el marco del Derecho Humanitario y así hacerlo efectivo.

Fue Henry Dunant la primera persona en preocuparse por crear un cuerpo independiente neutral y equipado a fin de ayudar a las víctimas de los conflictos, la creación de la Cruz roja es la materialización hacia el reconocimiento de la importancia propia del Derecho Internacional Humanitario cómo se concibe en la actualidad.

Desde las primeras normas relativas a la guerra hasta los tratados actuales (Convenios de Ginebra, la Haya y Nueva York) se ha producido una evolución de las normas humanitarias conformando un derecho que se desarrolla y se ejecuta a nivel internacional. Las reglas humanitarias tienen un proceso histórico que ha tomado mayor fuerza y postulados que se han consolidado con el pasar del tiempo donde por supuesto no escapa la responsabilidad de mando.

El Tribunal Militar internacional también conocido como Tribunal de Núremberg fue establecido por el acuerdo de Londres el 8 agosto de 1945, firmado por Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión soviética con el objetivo de juzgar a los considerados mayores responsables por las violaciones cometidas en el régimen nazi a través del estatuto que contendría las primeras disposiciones de responsabilidad individual creadas por un organismo internacional. Este tribunal partió de la premisa de que los individuos pueden ser responsabilizados personalmente en el derecho internacional por crímenes de guerra que representan el punto de partida para este tipo de responsabilidad.

La responsabilidad internacional a nivel individual deviene entonces de este estatuto, está al tenor del artículo sexto, el cual hace referencia a la responsabilidad individual o aquellas derivadas de un grupo u organización declarado culpable, "ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones", de manera que, se hace referencia no únicamente a la responsabilidad individual, sino que se acude también a la responsabilidad colectiva. En este punto queda claro que si bien el Tribunal no abordó estrictamente la responsabilidad de mando si sentó las bases históricas para llegar a hacerlo, sancionando delitos como la conspiración y la coparticipación o participación de una empresa criminal, lo que en consecuencia serían los fundamentos de una responsabilidad a altos mandos, basada en quien tiene el dominio. Respecto a la empresa criminal es de tenerse en cuenta la teoría de la empresa criminal conjunta (ECC) que, aunque "en verdad, fundar la responsabilidad penal a partir de la teoría del domino del hecho no resulta difícil, no obstante, el dominio funcional si tiene ciertas diferencias con la ECC, las cuales no se constituyen en un impedimento para lograr hacer justicia respecto a civiles que no pertenecen a ningún grupo u organización" (Torres Vásquez & Guevara Rojas, 2021). Es pues una forma de poder hacer justicia en la que de la mano del derecho penal internacional y en medio de esta coyuntura internacional hostil se rescata la voluntad de la comunidad internacional amparada por la praxis de los tribunales de establecer una jurisprudencia en torno a una responsabilidad que ha de depender del conocimiento del superior acerca del resultado criminal provocado por un subordinado u otra persona a su cargo. De tal manera que los juicios

celebrados en Alemania dejaron un legado histórico para observar a nivel internacional la tipificación de la conspiración para la guerra, la responsabilidad de los entes colectivos y de la asociación criminal, cómo lo relativo a una responsabilidad individual internacional y las bases primigenias para llegar a establecer la responsabilidad de mando, no se observó la regla de RdM pero la responsabilidad se confirmó, en la Carta, de una manera expresa: “(...) habrá responsabilidad individual (...)”. No obstante, persistía una ausencia de tipificación en esta materia de RdM, lo que conllevó a una demanda de la institucionalización de esta figura. Sin embargo, serían los tribunales de Tokio y de lejano Oriente los que ejecutarán un paso más adelante en materia de responsabilidad de Mando.

En enero de 1946, una vez establecidos los términos de rendición de Japón y la intención para procesar a los funcionarios japoneses por los crímenes cometidos, se instaura el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, en razón del mismo, se proclamó su propia carta. Este estamento dicta la composición jurisdicción y funciones del tribunal y cuya enmienda en abril de 1946 ratifica los postulados sobre lo mencionado por el tribunal de Núremberg sobre crímenes contra la paz y crímenes de guerra (Mercado Pérez, 2017).

La configuración normativa de Tokio incluye la responsabilidad individual en tres escenarios normativos, la declaración de El Cairo, la declaración de Potsdam y la ley de establecimiento del Tribunal, este último estamento en el artículo 5º tipifica los delitos de crímenes contra la paz crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en términos similares a los expresados en Núremberg, mientras en el artículo sexto la responsabilidad individual.

Esto quedó representado en las siguientes consideraciones del Tribunal:

En el caso (i) Hunroko Hata: “O Hata sabía (...) y no tomó ninguna medida para prevenir (...), o se mostró indiferente. (...) En ambos casos, estuvo en violación de su deber, según el cargo "(conocimiento y omisión negligente); (ii) en el caso Heitaro Kimura, señaló: “(...) tener conocimiento del alcance de atrocidades (...), Kimura se hizo cargo (...) él no tomó medidas disciplinarias o de otro tipo para evitar la práctica de atrocidades (...). Su deber es actuar y emitir órdenes que impidan (...) la realización de delitos” (IMTFE, 1948), (conocimiento y omisión); (iii) en el caso Akira Muto: “Rechazamos su defensa en el sentido de que no sabía nada sobre estos sucesos. Es totalmente increíble” (IMTFE, 1948), (conocimiento que se presume, debido a la gran escala de difusión de delitos) y (iv) en el caso Iwane Matsui: “Estaba a cargo del ejército responsable de estos eventos. Él sabía de ellos. Él tenía el poder, como tenía el deber, de controlar su tropa (...). Debe ser penalmente responsable, por su incumplimiento de ese deber” (IMTFE, 1948) (conocimiento y omisión).

En consecuencia, el Tribunal de Tokio aportó a los insumos necesarios para la responsabilidad de mando en la medida que imputó cargos penales considerando la participación o la conspiración por la comisión de crímenes de guerra, asimismo por órdenes o permisos para subordinados en relación a la autorización para cometer graves violaciones a las normas y costumbres de guerra, y, la negligencia en el deber jurídico propio de un superior para tomar las medidas adecuadas a fin de garantizar los derechos y prevenir violaciones.

Por tanto, son prueba de reconocimiento jurisprudencial sobre omisión y conocimiento, el primero por cuanto el comandante tiene el “deber de actuar, de garantía de derechos y prevención de violaciones humanitarias”, y el segundo como regla imperativa que el comandante debe conocer los crímenes cometidos por sus tropas. En todo caso, la

argumentación semántica mantiene referencias de la jurisprudencia de los casos de Tokio a las dispuestas en la redacción final del artículo 86.2, del Protocolo I y del artículo 28.b del Estatuto de Roma; en el Art. 86 se dispuso (2): “(...) y no tomó todas las medidas visibles, que estaban a su alcance, para prevenir o reprimir esta infracción” (CIRC, 1977); mientras en el Art. 28.b: “(...) no ha adoptado todas las medidas necesarias y adecuadas en su poder para prevenir o reprimir” (Estatuto de Roma, 1998).

La negligencia para prevenir violaciones es el punto de partida para la responsabilidad de mando, ha de recordarse que una de las primeras pronunciaciones al respecto, se origina desde Filipinas en 1945, cuando la Corte Suprema de Estados Unidos se refiere al caso de Tomoyuki Yamashita. Allí la Corte determinó que “debido a que estas atrocidades se han extendido tanto (...) Nosotros asumimos que estas (muchas) atrocidades [se originan] como resultado de su ineficiencia y su negligencia como comandante” (conocimiento objetivo, estándar de Yamashita). Así mismo, se expresó “delitos cometidos por las (...) fuerzas bajo su mando” (referencia extraída de la sentencia de apelación del Corte Suprema de Estados Unidos (1946) y posteriormente confirmado por escrito). La jurisprudencia del caso Yamashita tiene referencias contenidas en la redacción del art. 28 (a) del Estatuto de Roma: “crímenes (...) que han sido cometidos por fuerzas bajo su comando” (Estatuto de Roma, 1998).

Para un sector de la doctrina, no existían los presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad del mando en tanto que Yamashita no tenía conocimiento de la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Más para el tribunal, se concluyó que quien tiene un personal bajo su mando es responsable por la comisión de crímenes por parte de sus subordinados si el mismo no ejerció el control que le era propio de su cargo, “el Derecho del conflicto armados presupone que sus violaciones serán evitadas a través del control de las operaciones de guerra por comandantes que son responsables por sus subordinados” (Corte Suprema de Estados Unidos, 1946, pp. 44 y ss).

De allí se extrae, la omisión y la configuración de un conocimiento objetivo por parte del acusado, y configurado para el tribunal en razón de la gran escala en la que se cometieron los crímenes.

En este como en otros casos estudiados por el tribunal de Tokio, se hallan, las mismas evidencias sobre los postulados de negligencia, conocimiento y omisión al observar la fenomenología en la que tiene lugar la responsabilidad individual. Así, es el Extremo Oriente la génesis de la jurisprudencia referente a la falta de hacer, esto es, a la omisión, a su vez traduce como un elemento de la responsabilidad de mando.

De otra parte, en estos juicios, cuando se decidió que el comandante debía conocer los delitos cometidos o crímenes que ocurrían en el espacio geográfico de su área de responsabilidad se dejó jurisprudencia relativa a *mens rea*, es decir, sobre el estado mental del individuo al momento del delito.

Ese aspecto subjetivo señala que hay responsabilidad penal cuando “el superior hubiere sabido o en relación con las circunstancias del momento debiese saber que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo un crimen o se proponían a cometerlo. De ese modo, el superior responde penalmente por tener conocimiento directo o por no inferir lo que estaba pasando” (Torres, 2018, p.145).

En definitiva, los Juicios del extremo Oriente dan cuenta que los comandantes debían estar al tanto de las conductas ocurridos en el área de su responsabilidad, dejando así sentada la jurisprudencia sobre *mens rea*, esto es, sobre el estado mental de la persona al momento de la comisión de la conducta. Cuando decidieron que el comandante había de tomar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos y prevenir violaciones y se estableció que un descuido de este deber ha de ser sancionado, quedó sentada jurisprudencia positiva sobre la omisión. Estos dos elementos de cognición y no actuar son los primeros pasos en dirección al concepto de responsabilidad de mando como se conoce actualmente.

2. Los elementos de la responsabilidad penal del mando conforme a la normativa internacional.

El 15 de junio de 1998 se firmó el tratado de Roma y se creó la Corte Penal Internacional, la cual es un hito en la representación de un paradigma humanitario y en la materialización de la necesidad de proteger derechos humanos universales, tiene competencia para enjuiciar crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra, crímenes de agresión y todos aquellos considerados imprescriptibles. Pese a su permanencia la Corte no tiene competencia exclusiva, sino complementaria a la jurisdicción penal de cada país. El Estatuto contiene normativa relativa a jurisdicción y competencia, investigación, enjuiciamiento y proceso.

El artículo 28 del Estatuto de Roma contiene la responsabilidad del superior: habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 28 y habiendo visto el tratamiento jurisprudencial de los tribunales militares y *ad hoc*, la responsabilidad del mando es un instituto del DIH, a través del cual el superior es responsable de los actos delictivos de sus subordinados, cuando: (i) existe una relación superior subordinada, (ii) teniendo el control efectivo de las conductas, (iii) no prevenir o reprimir la comisión de la conducta o someterla a la jurisdicción competente, y (iv) tener conocimiento real o presunto de los hechos.

Así pues, la relación superior-subordinado es necesaria para configurar la hipótesis de responsabilidad del comandante, entendiendo que no hay omisión sino existe un deber, de lo contrario, lo que subsiste es un conjunto de atribuciones entre las que se encuentra la de emitir una orden a otras personas que han de cumplirla por virtud de un cargo señalado por la ley¹, Es sumamente necesario tener en cuenta que la noción de comandante incluye tanto la del *facto* como la *jure*, pues siguiendo la línea jurisprudencial en el caso Čelebići y la postura doctrinal de Van Sliedregt (2003) se acoge la teoría de una capacidad material eficaz para prevenir o cancelar la conducta delictiva, tanto agentes de policía como responsables de unidades paramilitares y grupos al margen de la ley que tienen un control efectivo sobre una tropa se incluyen en la lista de comandantes a efectos de rendición de cuentas en el marco de la responsabilidad de mando, pues en todo caso, prevalece el poder concreto que tiene el superior para controlar las acciones de quienes están subordinados a sus órdenes 11. (Avendaño Castro & Enrique Alfonso, 2017).

El Estatuto de Roma adopta positivamente la posibilidad de que los civiles sean clasificados como comandantes por la relación Superior-subordinado, ampliando así la jurisprudencia dictada por TPIY. Luego entonces, en la concepción de una capacidad material los civiles son responsables dentro del marco de la responsabilidad de mando, no estaba sin embargo

¹ El jurista Alejandro Kiss, da la referencia del concepto de comandante dado por la Corte Suprema de Alemania, en los siguientes términos “es la persona que, en el marco de una organización jerárquica, posee la capacidad estructural de darles órdenes a otras personas quienes, debido a esta estructura jerárquica, están obligados a cumplir con las órdenes” (Kiss, 2016, pág. 43).

contenida en el estándar convencional precedente, esto es, el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra mismo que sólo hace mención a los jefes militares, con lo cual se consolida la responsabilidad de mando para ambas partes por el texto normativo de Roma, a su vez se da una consolidación doctrinal sobre la misma materia, es por esto que, el italiano Antonio Cassese (Cassese & Gaeta, 2013) admite la relación superior subordinado tanto para referirse al caso de comandantes militares oficialmente designada de facto, como las personas que actúan como un comandante militar, en ambos casos, señala el autor, se exige un control del superior sobre los subordinados de forma efectiva.

En cuanto al control efectivo, para el jurista Kai Ambos la palabra comandante presupone una estructura de comando militar y por esto no está no es una expresión reservada a los militares, "al respecto, el ECPI ha avanzado en el desarrollo de las codificaciones existentes, responsabilizando también al jefe militar de hecho y a otros jefes (no militares)", [y enfatiza que] "Lo decisivo es el control efectivo del jefe sobre sus subordinados. Desde el punto de vista subjetivo se exige respecto de los jefes militares la posibilidad del conocimiento o el mero deber conocer ("hubiere debido saber"; "should have known") y en cuanto a los demás jefes una clase de imprudencia consciente. Por tanto, en este último caso las exigencias subjetivas son mayores" (Ambos, 2005, pp. 136-137).

De manera que quién tiene el control efectivo es el superior, para Cassese (2013) el control efectivo hace referencia a la información que permite inferir y demostrar que el imputado tuvo la potestad para prevenir sancionar e iniciar medidas en aras de iniciar un juicio contra los agentes. Esto para significar que el superior que tenga autoridad, pero no un control efectivo sobre sus subordinados no incurre en responsabilidad del mando, en la misma línea, si existe un superior de facto que aunque no tenga un cargo formal mantiene un control efectivo sobre los agentes estos últimos sí pueden ser considerados penalmente responsables, en ese sentido, el control efectivo corresponde a "la posibilidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes" (Ambos, 2005, pág. 316).

En cuanto a la omisión la responsabilidad de mando pone a la gente en una posición de garante de acuerdo con Ambos (2005), lo que por lo que en palabras de Cassese & Gaeta (2013) castiga la omisión de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir y sancionar las conductas delictivas del subordinado, es decir, no se puede obviar la responsabilidad de que el comandante actúe, así está en el artículo 87 del Protocolo I.

Es entonces el descuido en el deber de actuar o el incumplimiento del deber de cuidado lo que caracteriza a la conducta omisiva, significa que el comandante tenía la obligación de actuar, pero no lo hizo y a su vez incluye la omisión de prevenir en la conducta. Comporta la omisión en la obligación que tiene el comandante de llevar a las autoridades competentes a los autores de las conductas violatorias de la ley pese a que tuvo o tiene conocimiento de las mismas.

Otro factor muy importante es el del conocimiento sobre la conducta que se cometió o estuvo a punto de cometerse, es lo que Ambos califica como *mens rea*, elemento subjetivo que deviene del derecho consuetudinario. Cuando el superior militar o civil tenía conocimiento o debería haber sabido o ignoró deliberadamente la información que indicaba la comisión de la conducta. *El Primer nivel o criterio* de estar consiente es el único aplicable a ambos tanto superiores como militares y civiles pues el superior será sancionado en caso de haber tenido conocimiento de que los subordinados cometían o preparaban los actos para cometer delitos.

El segundo criterio según el cual debería haber sabido es una figura que se remonta a una propuesta del comité internacional de la Cruz roja realizado durante el trabajo del Protocolo Adicional I. Según Kai Ambos (2005) no difiere en de lo señalado por el artículo 86. 2 del protocolo por lo que no es una figura nueva en el derecho humanitario aun así debe invocarse siempre una valoración más objetiva.

En el tercer escenario o nivel en el que el superior ignora deliberadamente la información que le indicaba la comisión de la conducta, constituye un criterio innovador, pero, aun así, subjetivo ("Ceguera intencional"). En esta misma línea, el mencionado autor asimila esta última postura a la figura de la imprudencia pues se tiene en cuenta la actitud asumida en relación a la información. La figura del *mens rea* no es del todo jurisprudencial y doctrinalmente admitida por lo que aún quedan algunas precisiones a realizar sobre la materia.

Este tercer criterio que se admite en este estudio, es el que tiene en cuenta que el superior aun cuando tenía conocimiento de la comisión no podía llegar a tenerlo en virtud de su cargo debe ser sancionado por esta conducta omisiva. Con estas figuras se vino a consolidar un nuevo elemento en la doctrina: el conocimiento constructivo, entendiéndose por esto, un requisito mental en la responsabilidad del mando mediante el cual se ha de probar que el superior tenía los elementos de conocimiento sobre en las conductas del subordinado. Esto es así porque la responsabilidad de mando en estricto sentido, no impone al comandante la exigencia de conocer o de responder por los actos de sus subordinados más si se espera que se elabore un conocimiento real o constructivo de que sus subordinados estaban a punto de cometer o cometieron delitos (Cassese & Gaeta, 2013). La labor entonces es verificar si el conocimiento provino de constancias tales que le permitían suponer al comandante un razonamiento lógico sobre la posibilidad de una comisión de delitos.

3. Responsabilidad penal de los integrantes de la Fuerza pública en la justicia de transición en Colombia.

En Colombia el conflicto armado interno suma más de cinco décadas en el que la población civil ha sido víctima de atroces delitos que están en contra del DIH y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), esto a raíz de la existencia de varios grupos insurgentes denominados guerrillas y Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC-EP), así pues nace la necesidad de crear una jurisdicción que se encargue de investigar y sancionar a los actores del conflicto que vulneren los DIH, y DIDH. Esta jurisdicción especial no solo juzgará a los grupos insurgentes que resulten acusados, sino que también entrará a regular los actos cometidos por la fuerza pública.

En razón de los hechos hostiles y bélicos de ambas partes del conflicto que salían a la luz, se dio paso a la firma del acuerdo final de paz el 24 de agosto de 2016, cuatro meses después, es decir en el mes de diciembre, se promulgó la ley 1820 de 2016, la cual decretó las disposiciones sobre las amnistías, el indulto, y los tratamientos penales especiales.

Esta ley determinó los beneficios para los miembros de los grupos insurgentes y los tratamientos especiales para los miembros de las fuerzas públicas, estos tratamientos especiales se traducen en libertades condicionales, traslados a zonas rurales o verdales para la resocialización o normalización de los miembros que se acogen a la JEP. Con la firma del acuerdo de paz se implementa la justicia transicional como una nueva etapa, la cual como su nombre lo indica pretende la transición del conflicto, hacia una paz estable y duradera, lo anterior no indica que el conflicto interno por el que atraviesa Colombia haya llegado a su fin,

sino, que se busca trabajar de manera conjunta con todas las partes que intervienen en el conflicto.

Respecto a esto, las Naciones Unidas han definido la justicia transicional como "toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación" (ONU, 2014, p. 5). En ese escenario "Se puede dogmatizar que, en medio de la justicia transicional colombiana, es posible castigar a quienes en calidad de máximos responsables han cometido graves crímenes de naturaleza internacional". (Torres, 2018, p.157). Para tal efecto en Colombia se han implementado toda una serie de normas las que, siguiendo un orden cronológico, se estableció, por ejemplo, el procedimiento que permite y regula la implementación de la ley 1820 de 2016, lo anterior mediante el decreto ley 277 de 2017, en ese mismo año el 04 de abril se decreta el acto legislativo 01 de 2017, por medio del cual se creó un título de disposiciones transitorias que fue incluido en la Constitución para la terminación del conflicto armado.

Más tarde, entra en vigencia el Decreto 706 de 2017, pues con posterioridad en las mesas de diálogo se decide incluir a las fuerzas públicas para que éstas comparezcan ante la JEP por los hechos cometidos, por medio de este Decreto, se da pie a la aplicación de un tratamiento especial a los miembros de la fuerza pública, lo anterior desarrollando los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNR).

A través de la ley 1957 de 2019 se establecen los lineamientos para la atención de víctimas y la materialización de sus derechos. En ese mismo orden de ideas, se le garantiza a la víctima el cumplimiento de sus derechos a lo largo de todos los procesos que estén bajo la competencia de la jurisdicción especial para la paz.

Antes de ahondar en el tratamiento hacia los agentes del Estado que se estableció la JEP, es importante mencionar que cuando se habla de la responsabilidad de integrantes de la fuerza pública en la comisión de delitos contra los DIH, DIDH, se debe tener en cuenta que a la fecha no existe ningún convenio o tratado internacional dónde se establezca que miembros de las fuerza pública gozan de un trato jurídico especial o atenuante con relación a los grupos insurgentes, por el contrario se habla de que las fuerzas públicas tienen una mayor carga o responsabilidad por la comisión u omisión.

Los agentes del Estado recibirán un trato especial y diferenciado ante la JEP, según lo establecido en el acuerdo final de paz y en el acto legislativo 01 de 2017, así se observa en el Artículo 2 Transitorio: "Tratamiento diferenciado para miembros de la Fuerza Pública. En virtud del carácter inescindible de la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con los Miembros de la Fuerza Pública que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo". También se estipula para aquellos miembros de la fuerza pública activos, personal civil, funcionarios públicos, o miembros de la fuerza pública que ya no se encuentren activos, y que en ocasión o en relación al cumplimiento de sus funciones u órdenes del mayor jerárquico dentro del marco del conflicto armado, hubiesen cometido actos punibles, podrán acogerse a ser juzgado por la jurisdicción especial para la paz (Suarez Mendoza, 2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente hacer énfasis en los derechos que menciona la ley tratándose del juzgamiento de miembros del Estado, puesto que tanto la legislación como la jurisprudencia hacen especial mención a que estos tendrán derecho a un trato equitativo, simultáneo y equilibrado, que en otras palabras, quiere decir, que lo que se busca con la implementación de la JEP, es el camino y la construcción hacia la paz por ello siempre debe prevalecer un diálogo armónico y positivo entre las partes, donde los comparecientes pueden sentir la tranquilidad de ser juzgados de una manera imparcial, y que estará acorde a los delitos cometidos.

Lo anterior sin dejar de lado lo expresado por la Corte respecto a que el

“tratamiento penal especial debe ser el resultado del cumplimiento de los compromisos en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición frente a las víctimas y a la sociedad, pues en caso contrario se perdería el valor estratégico de los beneficios y se convertirían en concesiones gratuitas que pueden conllevar al incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, requerir la participación previa y la contribución efectiva de los sometidos a la JEP para la concesión de los beneficios planteados en el decreto ley”. (Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2018).

Ahora bien, el Acto legislativo 01 2017 dispuso en el artículo 24 transitorio, una exposición especial relativo a la responsabilidad de mando, en los siguientes términos:

(i), señala las fuentes de aplicación “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.

(ii) Fija que la determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción.

(iii) Establece criterios de control efectivo “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” (Acto Legislativo 01 de 2017).

De igual modo se determinan los elementos de la responsabilidad de mando, al establecerse que:

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

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y

d. Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”. (Acto Legislativo 01 de 2017).

Al mismo tiempo, la ley 1957 de 2019 incluyó en sus disposiciones la responsabilidad de los integrantes de organizaciones rebeldes (Art.66); adoptó los parámetros ya establecidos por el acto legislativo 01 2017 sobre la responsabilidad del mando para las Farc-Ep, y añade el concepto de control efectivo sobre responsabilidad de estos grupos, el cual “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” (Artículo 67 Ley 1957 de 2019).

Esta misma norma establece clara y expresamente que en materia de responsabilidad de la fuerza pública por el mando se ajusta a lo establecido por el acto legislativo 01 del 2017. Torres al respecto señala “que se debe aclarar la responsabilidad penal del superior y cuando existe un control efectivo tanto de la persona como de la conducta, en ese sentido no se puede flexibilizar la responsabilidad por el mando taxativamente consagrada en el artículo 28 del ERCPI. Se debe tener especial cuidado, cuando se trata de incluir en la justicia transicional colombiana el derecho operacional”, (Torres, 2018, pág.158).

Con todo, tanto el artículo 24 transitorio como los artículos 66-68 de la ley 1957 fijan el tratamiento diferenciado en medio de la justicia transicional ya mencionado anteriormente y permiten establecer responsabilidades a miembros superiores de la fuerza pública que tengan una participación en el conflicto, esto constituye una regla especial que fija criterios de imputación de responsabilidad apuntando a los máximos responsables de la comisión de conductas más graves y representativas en el marco del conflicto.

No obstante, en el artículo 24 transitorio no se tuvo en cuenta la responsabilidad de agentes del estado distintos a la fuerza pública dentro de la figura de responsabilidad de mando. La Corte se pronunció afirmando que “el efecto jurídico de la limitación del artículo transitorio 24 no es que la figura de la responsabilidad de mando no pueda ser empleada para sujetos distintos a los miembros de la fuerza pública, sino sólo que los criterios específicos allí vertidos son aplicables únicamente a este universo de personas” (Corte Constitucional. Sentencia 674/17). Sin embargo, como se expuso, la figura de mando, en materia doctrinal y de acuerdo con el art. 28 del Estatuto de Roma, “posee autoridad y control efectivo sobre sus subordinados; esto incluye especialmente un superior paramilitar”. (Ambos, 2005, p. 304). Con lo cual, le son exigibles los mismos criterios tanto a miembros de fuerza pública como agentes del estado que actúan al amparo del Estado y a miembros al margen de la ley y/o paramilitares.

Así las cosas, la responsabilidad por el mando fijados en la jurisdicción especial para la paz tampoco tienen en cuenta otro lineamiento internacional como el conocimiento inferido (*mens Rea*) por el contrario, estipula la responsabilidad del mando sólo en el caso en que se cumplan 4 elementos concurrentes, entre ellos es que el conocimiento sea actual o actualizable a la comisión de la conducta, más no involucra el conocimiento que debió tener por virtud de su cargo. De igual modo, la RdM en esta estructura jurídica no contemplo la posibilidad de sancionar a quienes ostentan autoridad y control en una estructura jerárquica y por la cual pueden idealizar y planificar una acción criminal para que sus subordinados la lleven a cabo.

Lo anterior constituye una omisión en el deber de sancionar y reprimir la posición de dominio que le es propia al superior para conocer o deber conocer que tales conductas delictivas pueden ser cometidas por sus subordinados. Con todo esto, el artículo 24 transitorio como las disposiciones de la ley 1957 2019 no están acordes estrictamente al artículo 28 del estatuto de Roma. Por consiguiente, aunque tal disposición ha tenido una justificación a nivel jurisprudencial, para efectos de la investigación se considera que la no incorporación como fuente normativa aplicable al derecho penal internacional permite dejar un vacío al no contemplar la responsabilidad del superior jurídico bajo la hipótesis de que, aunque no pudo tener conocimiento de la conducta criminal del subordinado sí debía tenerla.

Estas disposiciones tampoco recogen todos los estándares internacionales sobre responsabilidad del mando porque no adopta el estándar de conocimiento, el cual no puede derivarse exclusivamente del superior jerárquico en el conocimiento exclusivo de la comisión del delito, sino que también habría de involucrar si este superior tenía motivos para saber o si debía conocer de la comisión de conductas punibles en razón de su cargo y de la disposición de información propia del mismo. A esto se suma, que conforme al engranaje de estamento transicional la responsabilidad debe ser tanto *facto* como jurídica cuando en el derecho internacional esta exigencia no ha de ser necesariamente concurrente.

Conclusiones

Los elementos de responsabilidad del mando observados en este estudio y los que se tienen en cuenta para valorar la responsabilidad de la fuerza pública y agentes del Estado en la justicia de transición son a saber, la relación superior-subordinado, control efectivo, omisión y conocimiento. Estos constituyen la esencia de este instituto legal de responsabilidad de mando y se consolidaron a lo largo del tiempo a medida que se buscaba la responsabilidad individual en el escenario internacional bien sea por medio de tribunales militares y *ad hoc*, o mediante tratados y convenios internacionales. Los acontecimientos relacionados con el extremo Oriente y el Protocolo I, además de los tribunales de la Yugoslavia y el Tratado de Roma consolidan las reglas de responsabilidad de mando.

Puede también decirse que la voluntad de la sociedad internacional estuvo presente en toda la actividad para desarrollar un estándar de responsabilidad, refleja un diseño positivizado y una regla internacionalmente reconocida, así puede observarse, en la Carta de Núremberg, en la Ley número 10 y en la Carta de Tokio. Estos estamentos y juicios indican la voluntad de responsabilizar a sujetos por crímenes de guerra, pero al mismo tiempo introdujeron afirmaciones relativas a estándares de responsabilidad de mando.

Los juicios de Núremberg dejaron una base para la rendición de cuentas a nivel internacional y se tradujeron en la idea de castigo colectivo pasando así de la responsabilidad individual a la responsabilidad de mando. De igual manera, los juicios de lejano Oriente, tienen un papel histórico pues aportaron a los elementos de conocimiento y omisión dejando una regla imperativa de que el comandante debe saber acerca de las conductas cometidas por sus tropas y castiga la negligencia en el deber de tomar las medidas para asegurar los derechos y prevenir violaciones a derechos humanos.

En definitiva, los juicios de Núremberg y Tokio indicaron un carácter incipiente pero sumamente importante en la responsabilidad del mando que con el pasar del tiempo adquirió una positivización quedando en el conjunto jurídico internacional los elementos de imputación penal para la responsabilidad del mando. Son las sentencias del lejano Oriente las que

representan una mayor contribución al estudio pues aportaron elementos para la omisión y para el conocimiento como criterio de la RdM, el caso *Yamashita* es el ejemplo por excelencia de un estándar de responsabilidad estricta que dejó un legado sobre la negligencia en cuanto al deber de actuar y el conocimiento objetivo (elemento que fue más adelante eliminado) pero sirvió como una fórmula para considerar la sanción de ciertos delitos cometidos por las fuerzas bajo el mando de un superior que a su vez se inscribió en el artículo 28 del estatuto de Roma.

Estos estándares se vieron reflejados en el Protocolo I en sus artículos 86.2 y 87, que en concurrencia contienen los elementos de responsabilidad del mando. Esta articulación y consolidación normativa deviene en que la responsabilidad a la luz del Derecho Internacional permite hacer responsable a un superior por los crímenes de los subordinados contiene: (i) una relación Superior subordinado, esta relación puede ser tanto en la ley como de hecho, esto significa que admite tanto a comandantes militares como a personas que actúan como un superior jerárquico. (II) Tener un control efectivo de las actividades, definido como la capacidad de prevenir y sancionar delitos cometidos por los agentes o denunciarlo a una autoridad para que imponga las medidas correspondientes y apropiadas a cada caso en particular, además de acuerdo al párrafo 28.a del estatuto de Roma puede ser admitida en un superior de facto que actúe como un comandante militar. Se mantiene la exigencia de que el superior realmente ejerza un poder de mando y control cuando existan varias cadenas de mando y por supuesto esto estará sometido a un debido proceso que pueda dar lugar a responsabilidad penal y de mando.

(III) No prevenir y reprimir la conducta ilegal o someterlo a las autoridades competentes, es un castigo por omisión dejando el comandante como el garante en el deber de control y vigilancia que no se cumple y da lugar a que el superior sea sancionado por omisión, para atribuir e imputar este tipo de responsabilidad se necesita que haya un fallo en la toma de medidas necesarias y razonables para prevenir y sancionar delitos de los subordinados.

(IV) Tener conocimiento real o presunto de los hechos con base en información que tiene o debería tener por virtud de su cargo, este conocimiento por parte del superior de la conducta ilícita que ha sido cometida, es el cuarto elemento constitutivo de la responsabilidad del mando y de acuerdo a la doctrina consolidada este conocimiento es constitutivo pues es fundamental que el superior pueda haber sabido, o debería haber sabido o haya ignorado la información que indicaba claramente que el subordinado podría cometer o estaba preparando los actos para la comisión de un delito. Este último el elemento subjetivo, en la concepción del delito en la responsabilidad del mando y se ha conocido en la doctrina internacional como "*mens rea*".

Del tratado de Roma se consolidó lo que se denominó por la doctrina como un conocimiento constructivo en el que se tiene en cuenta que el comandante tenía motivos para conocer la posibilidad de la comisión de crímenes. También pone de manifiesto una particularidad en el instituto responsabilidad de mando que fue producto del derecho internacional consuetudinario y que se enriqueció con los tribunales de la posguerra y se consolida finalmente en el tratado de Roma manteniendo hasta hoy distintas controversias en lo que se entiende por su naturaleza jurídica y los elementos que lo componen.

Estas dicotomías revelan la etapa actual y cambiante de la responsabilidad de mando por un lado el derecho internacional no reconoce la omisión, pero la ley internacional crea el instituto de RdM que puede ser atribuido a modelos de imputación basados en la vigilancia o deberes de los comandantes y superiores a cargo. En consecuencia, la responsabilidad del mando así

estudiada es mucho más completa que como se admitió jurídicamente en la jurisdicción especial para la paz.

Referencias Bibliográficas.

- Ambos, K. (2005). *La parte General del Derecho Penal Internacional* (1 ed.). Montevideo, Uruguay: Editorial Konrad -Adenauer-. From https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f4603bd4-380b-c567-8f84-6748551729a9&groupId=252038
- Avendaño Castro, W. R & Enrique Alfonso, Ó. (2017). Conceptos fundamentales en la relación entre el poder simbólico y la violencia en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 289-314. Obtenido de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/1495/1097>
- Bastos Osorio, L. M., Gómez Mina, L., & Mogrovejo Andrade, J. M. (2017). Las políticas públicas en el contexto fronterizo de Norte de Santander. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 199-220. Obtenido de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/1492/1095>
- Bonilla Mora, A. (n.d.). "Falsos Positivos" Diez años despues: Discursos antagonicos y límites teóricos. (*tesis de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. From <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/22317/CONTENIDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cassese, A., & Gaeta, P. (2013). *Derecho Penal Internacional de Cassese* (3 ed.). New York: Editorial Oxford University Press.
- Dorado Porras, J. (2015). Justicia Transicional. *Revista En Cultural de la Legalidad*(8), 192-204. From <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2485>
- Herrera Rocha, M. (2018). ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional. *Revista ANIDIP*, 6(10), 10-58. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7150>
- Kiss, A. (Revista Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik). La Responsabilidad Penal Del Superior Ante La Corte Penal Internacional. *Revista*, 1, 40-66. From https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3128109
- Mercado Pérez, D. E. (2017). La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 111-130. Obtenido de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/4334/3681>
- Organización de las Naciones Unidas. (2014, mayo 15). Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas. From https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf
- Portilla, J. M., & Hernández, A. P. (2010). La evolución y la efectividad de los tribunales penales ad hoc. KT Müller Uhlenbrock y M. Becerra Ramírez (coords.), Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales. *Revista Javeriana*, (-), 207-244. From <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/papelpol/article/view/19519/21145>
- Rodríguez Galvis, M. (2015). Análisis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia en un contexto de seguridad democrática. (*tesis de postgrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. From <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11694/RodriguezGalvis-MariaClara-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Rosero González, J. (2018). Tratamiento jurídico de los delitos de lesa humanidad en escenarios de posconflicto en Colombia y Perú. *Revista Justicia y Derecho*, 6, 9-44. From <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder/article/view/1702/1298>
- Sliedregt, E. (2003). *La responsabilidad penal de las personas por violaciones del derecho internacional humanitario* (1 ed.). Holanda, Países Bajos: Editorial Prensa TMC Asser.
- Torres Vásquez, H. (2017). La responsabilidad por el mando en la justicia transicional Colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 137-162. From <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7295652.pdf>
- Torres Vásquez, H., & Guevara Rojas, Y. (2021). La empresa criminal conjunta y su posibilidad de aplicación en el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición en Colombia para evitar masivas violaciones a derechos humanos. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 16(1), 51-65. doi:<https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n1.7516>
- Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (1948), Juzgamiento. Capítulos I, II, III.
- Tribunal Penal Para La Ex Yugoslavia (1998). Prosecutor V. Zejnir Delali. Juzgamiento 16 De noviembre De 1998.
- Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1946). Comisión Militar de los Estados Unidos, Manila (1946). Caso No. 21 Juicio del General Tomoyuki Yamashita, (8 de octubre-7 de diciembre de 1945), y (Sentencias dictadas el 4 de febrero de 1946).
- Zuluaga Taborda, J. (2020). De lo "disponible" ante la JEP, Apuntes sobre la terminación anticipada del proceso. In F. Velásquez Velásquez, J. Zuluaga Taborda, & J. Jaramillo Restrepo, *Jurisdicción Especial para la Paz. Desafíos y Oportunidades* (pp. 194-211). Bogotá D.C: Editorial Universidad Sergio Arboleda. Tirant to blanch. From https://www.academia.edu/41855092/De_lo_disponible_ante_la_JEP_Apuntes_sobre_la_terminaci%C3%B3n_anticipada_del_proceso_en_Velasquez_Zuluaga_Jaramillo_eds_Jurisdicci%C3%B3n_Especial_para_la_Paz_Desaf%C3%ADos_y_oportunidades_Bogot%C3%A1_USA_Tirant_lo_Blanc
- Suárez Mendoza, A. P. (2017). Interpretación de la víctima policial: hacia el camino de la caracterización. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 221-248.