

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTOYA

Facultad de Ciencias Sociales



LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO Y EL ENFOQUE DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: EL CASO DE LOS FALSOS POSITIVOS EN COLOMBIA.

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Presenta el Bachiller

YORDI ULFER UGAZ NATIVIDAD

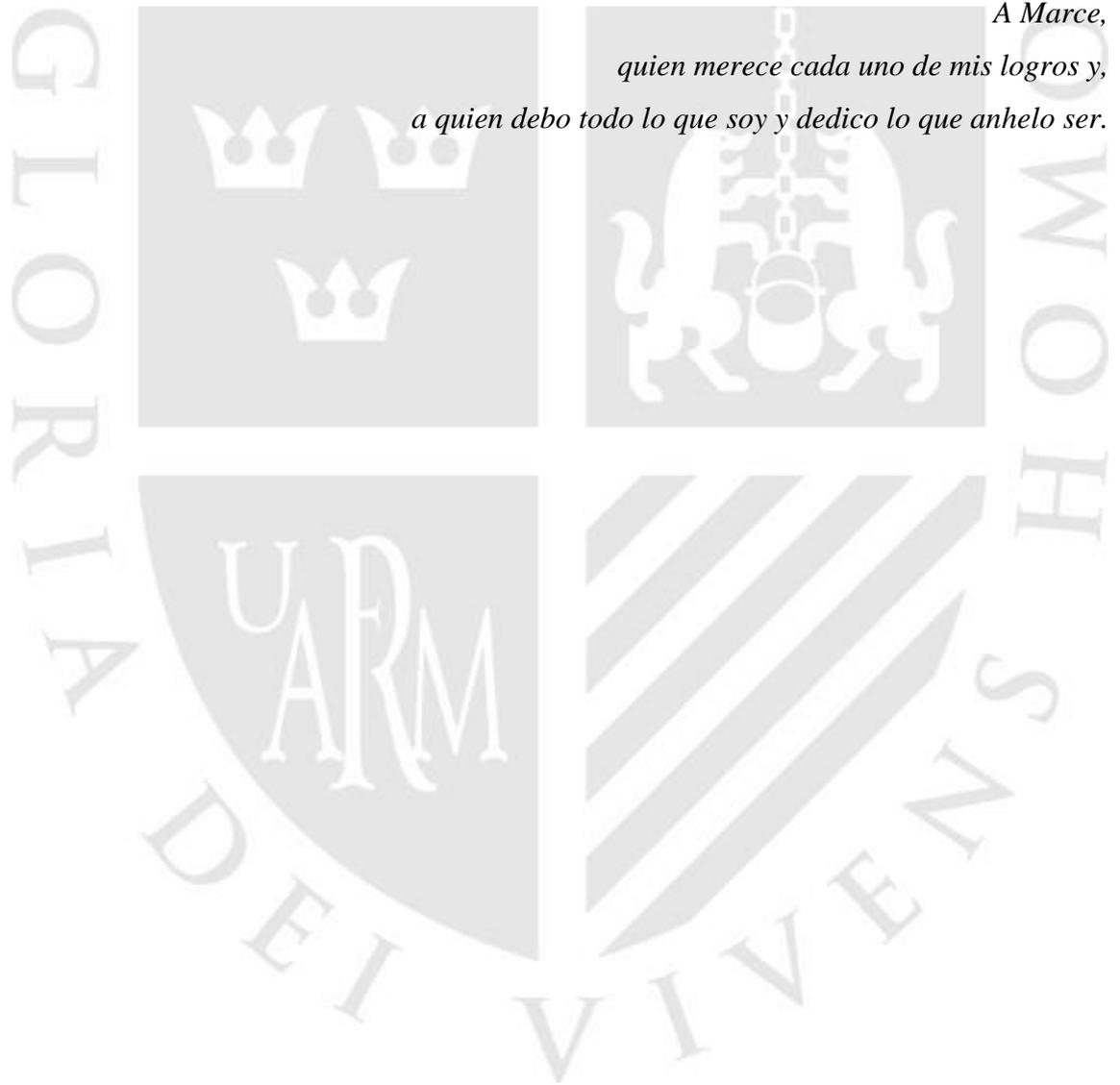
Presidente : Eduardo Vega Luna
Asesores : Isabel Berganza Setién
Felipe Gómez Isa
Lector : Felipe Andrés Paredes San Román

Lima – Perú

Julio de 2018

DEDICATORIA

*A Marce,
quien merece cada uno de mis logros y,
a quien debo todo lo que soy y dedico lo que anhelo ser.*



RESUMEN

La presente investigación se desarrolla en el marco de la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, el cual, por medio de la justicia transicional, instituye el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. El componente de justicia lo ofrece la Jurisdicción Especial para la Paz, la que se encarga de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana y proteger los derechos de las partes del conflicto. Mediante esta institución, por primera vez en la historia de Colombia, se intenta recoger las consideraciones de la doctrina de Responsabilidad de Mando, pero conforme se desarrollará más adelante, estos postulados podrían apartarse de lo dispuesto por el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Consuetudinario. En consecuencia, legitimar la impunidad de los mandos militares en las ejecuciones extrajudiciales o también llamados Falsos Positivos.

Palabras clave: Justicia Transicional, Jurisdicción Especial para la Paz, Falsos Positivos, Responsabilidad de Mando, Corte Penal Internacional

ABSTRACT

This research has been developed within the framework of the implementation of the Peace Agreement in Colombia, which, through transitional justice, institutes the Integral System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition. The justice component is offered by the Special Jurisdiction for Peace, which will be in charge of satisfying the victims' right to justice, offering truth to Colombian society and protecting the rights of the parties to the conflict. Through this institution, for the first time in the history of Colombia, it is aimed to collect the considerations of the doctrine of Command Responsibility, nevertheless, as it will be developed later, these presupposes could depart from the provisions of International Criminal Law and Customary International Law. Consequently, to legitimize the impunity of the military commanders in the extrajudicial executions or also called False Positives.

Keywords: Transitional justice, Special Jurisdiction for Peace, False Positives, Command Responsibility, International Criminal Court

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: EL COSMOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.....	12
1.1 PERSPECTIVAS SOBRE LA JUSTICIA.....	12
1.1.1 Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa	13
1.1.2 Justicia de transición.....	16
1.2 DIMENSIONES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL	18
1.2.1 Criminales, víctimas, limitaciones y exageraciones	21
1.2.2 Verdad por encima de justicia	23
1.3 JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA: EL MÁXIMO HITO DE LA HABANA.....	25
1.3.1 Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición	31
1.3.2 Jurisdicción Especial para la Paz	35
CAPÍTULO II: LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS CRÍMENES COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS.....	42
2.1 APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO.....	42
2.1.1 Génesis de la Responsabilidad de Mando.....	43
2.1.2 Tribunales Penales Internacionales.....	48
2.2 ESTATUTO DE ROMA Y RESPONSABILIDAD DE MANDO	54
2.2.1 Aspectos claves del Estatuto de Roma	55
2.2.2 Elementos de la Responsabilidad de Mando	57
2.3 LA DOCTRINA DE RESPONSABILIDAD DE MANDO EN COLOMBIA	64
2.3.1 La responsabilidad penal por omisión impropia: A propósito del artículo 25 del Código Penal en Colombia.	64
2.3.2 Proceso de Paz, Nuevo Acuerdo y Responsabilidad de Mando	69
CAPÍTULO III: JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y LOS FALSOS POSITIVOS: UN ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO ...	79
3.1 EL CASO DE LOS FALSOS POSITIVOS EN COLOMBIA.	79
3.1.1 El fenómeno de los Falsos Positivos.....	81
3.1.2 Falsos Positivos como crímenes de lesa humanidad	83
3.2 FALSOS POSITIVOS EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y LA RESPONSABILIDAD DE MANDO.	87
3.2.1 Falsos Positivos en la Jurisdicción Especial para la Paz	89
3.2.2 Responsabilidad de Mando por Falsos Positivos en la JEP.....	95

3.3 JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN LOS CASOS DE FALSOS POSITIVOS POR RESPONSABILIDAD DE MANDO.	99
3.3.1 ¿Proceso Penal Internacional como alternativa?	100
3.3.2 Implicancias de la intervención de la Corte Penal Internacional en la implementación del Nuevo Acuerdo.	102
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	110



ÍNDICE DE CUADROS

A. CUADRO 1: JUSTICIA RESTAURATIVA Y JUSTICIA RETRIBUTIVA.....	15
B. CUADRO 2: TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES.....	54
C. CUADRO 3: EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL PROCESO DE PAZ.....	74
D. CUADRO 4: COMPARACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL NUEVO ACUERDO Y ESTATUTO DE ROMA.....	77



INTRODUCCIÓN

La historia de Colombia está marcada por un conflicto armado interno que se remonta a la década del 60. Se constituye como uno de los más longevos en la historia contemporánea de América Latina. Es además el conflicto con mayor número de muertes y desapariciones. Se estima que el enfrentamiento ha dejado 7.9 millones de víctimas, cifra que, en dimensiones con otros conflictos de la región, es enorme.¹ Esas víctimas no tienen otra explicación que los más de cincuenta años de confrontación directa entre la fuerza pública, las guerrillas y los grupos paramilitares. La fragmentación de las instituciones y del Estado de Derecho permitió la violación sistemática de Derechos Humanos, seguido de la impunidad con los delitos cometidos y una justicia deficiente para las víctimas.

En atención a ese contexto, el 30 de noviembre de 2016, después de 4 años de negociaciones entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (En adelante FARC-EP) y el Gobierno Nacional, se aprobó en el Senado de Colombia el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, que propuso un Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y no Repetición para sentar las bases de la transición y el posconflicto. El componente de justicia se estableció a través de la Jurisdicción Especial para la Paz que tiene como uno de sus objetivos, proteger y satisfacer el derecho a la verdad y justicia de las víctimas del conflicto. Precisamente, uno de los temas más relevantes sobre justicia en el proceso de paz son las ejecuciones extrajudiciales o también denominados Falsos Positivos.

La presente investigación abarca el período más crítico de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia, comprendidas desde el año 2002 hasta el 2008, fecha en que

¹ El conflicto armado interno en Perú, según datos de la Comisión de la Verdad y Reconciliación dejó un estimado de 70 mil víctimas. La Comisión de la Verdad para El Salvador calcula, un aproximado, de 80 mil víctimas. Mientras que Guatemala, La Comisión para el Esclarecimiento Histórico estima que el conflicto dejó 160 mil víctimas

salen a luz dichas masacres. Hasta el año 2018 se ha venido procesando algunos de los autores inmediatos, sin embargo, son muy pocos los casos que hacen referencia a los altos mandos militares. El artículo 28 del Estatuto de Roma contempla la posibilidad de procesarlos de acuerdo con la doctrina de la Responsabilidad del Superior o Responsabilidad de Mando², a razón de los crímenes que hubieran sido cometidos por sus subordinados cuando éste hubiere sabido o, debido a las circunstancias del momento, hubiere debido saber que dichos crímenes podrían cometerse y no adoptó las medidas necesarias y razonables, para prevenir, reprimir o poner en conocimiento de las autoridades competentes.

Esta consideración es recogida por la Jurisdicción Especial para la Paz, fue incluida en sus inicios desde el Borrador Conjunto sobre víctimas del conflicto en diciembre del 2015 y hasta la fecha se mantiene presente. Sin embargo, existen indicios de que lo contemplado en el acuerdo se podría apartar de lo estipulado en el Estatuto de Roma, por lo que es menester preguntarse la relación entre ambas instituciones. De esta manera, para desarrollar una respuesta a la pregunta de investigación, se realizará un análisis documental y jurisprudencial de la doctrina de Responsabilidad de Mando a la luz del derecho penal internacional y derecho consuetudinario y, se pondrá en contraste con la Jurisdicción Especial para la Paz y los mecanismos de justicia transicional.

El objetivo de la presente investigación busca analizar lo estipulado por la Responsabilidad de Mando en la Jurisdicción Especial para la Paz y confrontarlo con lo desarrollado por el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario, a fin de aplicarlo al caso de los Falsos Positivos. Por lo que se propone relacionar tres temas: La justicia transicional, la cual se materializa en la Jurisdicción Especial para la Paz; la doctrina de la Responsabilidad de Mando en el derecho penal internacional y el caso de los Falsos Positivos en Colombia.

Bajo este planteamiento, se busca contribuir con la discusión respecto a una adecuada implementación de la Responsabilidad de Mando en la Jurisdicción Especial para la Paz y la calificación de los altos mandos militares a través de dicha institución en el caso de los Falsos Positivos. Efectuar esta investigación científica se sustenta en la necesidad de resaltar la importancia de la adecuación de las consideraciones del derecho

² El término “mando” hace referencia al contexto militar, mientras que el término “superior” es más amplio y se extiende a los civiles (Ambos, 1999, p. 527)

penal internacional y el derecho internacional consuetudinario sobre Responsabilidad de Mando en la Jurisdicción Especial para la Paz.

En ese sentido, es necesario estudiar las consideraciones de la Jurisdicción Especial para la Paz y su implementación en materia de Responsabilidad de Mando, puesto que es uno de los puntos que menor atención está suscitando y que viene pasando desapercibido. Las víctimas del conflicto necesitan conocer la verdad de quiénes tenían el control de las operaciones militares y cuyos subordinados finalmente acabaron con la vida de miles de personas.

Se ha propuesto un esquema de trabajo donde el primer capítulo consistirá en el acercamiento al cosmos de la justicia transicional, mencionando las perspectivas de la justicia retributiva y restaurativa como principales referentes, para después abordar el enfoque de la justicia transicional y su aplicación en Colombia en el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y no Repetición. En el segundo capítulo se trabajará la doctrina de la Responsabilidad de Mando en la Jurisdicción Especial para la Paz, analizada desde el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario. Finalmente, el tercer capítulo versará respecto del caso de los Falsos Positivos, su consideración como crímenes de lesa humanidad y su aplicación en la Jurisdicción Especial para la paz.

El conflicto armado sigue heredando dimensiones letales, pero también no letales. Los muertos siguen contándose, los positivos siguen apareciendo. La implementación del Acuerdo de Paz en Colombia se viene llevando a cabo, a la fecha se sigue discutiendo en el Senado el proyecto de Ley Estatutaria sobre la Jurisdicción Especial para la Paz y, uno de los centros de debate más importantes son las consideraciones respecto a la doctrina de Responsabilidad de Mando. En las idas y vueltas del debate, unas posiciones se acercan y otras se alejan más de lo que estaban, lo cierto es que, la definición contenida en el Acuerdo de Paz podría alejarse de dichos estándares y fomentar la impunidad de los mandos responsables por la comisión de Falsos Positivos.

CAPÍTULO I: EL COSMOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

En el presente capítulo tendrá como punto de partida a la justicia. El tema abordado será la justicia desde la perspectiva retributiva y restaurativa. Actualmente en Colombia aplica el enfoque de justicia restaurativa, por lo que se priorizará su desarrollo en el contexto de transición; es decir, su aplicación en el curso del conflicto hacia la paz. Una vez delimitado este panorama, se analizará las implicancias de la aplicación de dicha justicia de transición o justicia transicional, respecto a las concesiones, limitaciones y la disyuntiva frente a la verdad. Finalmente, se desarrollará el sistema de justicia transicional en Colombia mediante las instituciones del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el cual muestra la consolidación de la justicia restaurativa y su aplicación en la transición.

1.1 Perspectivas sobre la justicia

En *La República*, Platón se ve confrontado por Trasímaco respecto a su teorización de la justicia. Para el calcedonio, lo justo no era otra cosa que aquello que conviene al más fuerte y, el que tiene el predominio de la fortaleza es el gobernante de cada polis. Así, son ellos quienes instauran las leyes a su conveniencia, independientemente de la forma de gobierno que tenga. Trasímaco continuó mencionando que, una vez que se imponen estas leyes, lo beneficioso para los gobernantes se legitima a través de los gobernados y, en consecuencia, lo que es justo para ellos. (Platón, Ed.1986, pp.73-77), ¿Realmente la justicia es lo que conviene al más fuerte? Después de esta discusión, Platón se encargó de desarrollar el concepto a través de la mayéutica³, haciendo una relación de la justicia con la felicidad y la injusticia con la desdicha.

³ Método utilizado por Sócrates mediante el cual, a través de las preguntas, se van desarrollando los conceptos. El vínculo se encuentra en que Platón fue discípulo de Sócrates, construyéndose una relación estrecha entre ambos. Sócrates no dejó ningún escrito tras su muerte, Platón se encargó de recopilar lo trabajado por su maestro, el sùmmum fue “La apología de Sócrates” y “Critón”.

Platón fue uno de los primeros pensadores que deliberaron sobre la justicia. Después de él, son innumerables los postulados sobre esta idea, por lo que existen muchas corrientes que pretenden dar alcances a la justicia desde diferentes aristas.⁴ Dependiendo de la tipología que se elija obedecerá a la aplicación del sistema penal en la sociedad. Usualmente, los sistemas penales han recogido postulados de la justicia retributiva y la justicia restaurativa; donde se discute si es que la justicia se agota en el castigo o, por el contrario, incluiría reflexiones sobre la proporción de la pena. Ahora bien, no es intención del presente apartado agotar esta discusión, por el contrario, se dará un panorama general de lo que representa cada una y, a partir de ello, reflexionar sobre la aplicación de la justicia transicional.

Finalmente, estos tipos de justicia son asociados con la reforma del sistema penal en muchos países de Latinoamérica como son los casos de México, Chile, Perú y Colombia. Es por lo que gran parte del debate se centra en las consideraciones de la justicia en torno a estos dos sistemas. Por un lado, está una concepción estricta del delito, teniendo como consideración al Estado como víctima de la vulneración del orden social; por otro lado, la consideración de víctimas para quienes su derecho se vulnera realmente, los afectados directos e indirectos, tal como se verá en líneas posteriores. En ese sentido, el contraste entre ambas concepciones implica un debate actual, en el cual no sólo puede verse inmersa la justicia nacional de los Estados, sino sus compromisos internacionales como Estados parte de diversos instrumentos jurídicos de protección de Derechos Humanos. Es por lo que conviene puntualizar de manera introductoria en qué consiste esta tipología de la justicia y de qué manera influye dentro la justicia transicional.

1.1.1 Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa

La justicia retributiva, comúnmente entendida como la *lex talionis* se remonta a textos clásicos como el Código de Hammurabi o el Antiguo Testamento de la Biblia. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (s.f), retribuir viene del verbo transitivo recompensar.⁵ Para este tipo de justicia, la recompensa de la comisión de un delito es el justo castigo, de conformidad con lo establecido en las leyes y el ordenamiento

⁴ Un ejemplo de la doctrina son los profesores Ronald Dworkin (2011) en *Justice for hedgehogs*; Adela Cortina (2010) en *La justicia cordial*; Amartya Sen (2009) en *The idea of Justice*; Michel Walzer (1983) en *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*; Michael Sandel (1982) en *Liberalism and the limit of justice*, John Rawls (1971) en *A Theory of Justice*.

⁵ Al respecto, consultar Diccionario de la lengua española en: <http://bit.ly/2gbLv1> Consulta realizada el 30 de agosto de 2017.

jurídico vigente. Es decir, una persona merece una sanción por cometer un delito. Es una relación de la justicia como causa-consecuencia. Es decir, la idea de justicia implica una relación deóntica. En términos de Kant, constituye un deber del Estado reprimir los crímenes cometidos dentro de su jurisdicción. O, en todo caso, que la comisión de crímenes no derive en impunidad sobre los responsables. En este modelo de justicia, la retribución en el sistema penal busca la prevención del delito y la sanción hacia aquellos que trasgredan dicho sistema. Es un sistema constreñido, hasta cierto punto limitado por la ley, pero muy procedimental, donde se respetan las garantías para el procesado.

Luigi Ferrajoli (1995) desarrolla diez axiomas del garantismo penal, dentro de los cuales se encuentra el principio de retributividad (que la pena responda a un delito). Así, señala que: “Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen —con cierto forzamiento lingüístico— el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal” (p.93). Como señala el autor, los principios son reglas que uno conoce antes de iniciar. En tal caso, si un delito responde a una pena, no se puede alegar desconocimiento para librarse; la pena tiene que responder, necesariamente a un delito, una justicia en base a los hechos, la cual se encuentre establecida en un ordenamiento jurídico.

Por otro lado, en cuanto a la justicia restaurativa hay que tener en cuenta la definición realizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2012) donde, mediante el documento *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal* establece lo siguiente:

“[...] se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos retributivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.”

Ahora bien, en esta definición se pueden entender algunas características que merecen ser mencionadas. En primer lugar, que el proceso es entre la víctima y el victimario; dejándose de lado al Estado como centro. En segundo lugar, que incluye a terceros afectados (víctimas indirectas) como partes legítimas del conflicto. En tercer lugar, la participación de los actores en la resolución del conflicto, que va mucho más allá de la imposición de una sanción. Para profundizar, estas diferencias se pueden advertir en la reflexión de Arias y otros (2011): “Distinto al enfoque que ofrece de la Justicia Penal Retributiva, que se pregunta primero qué ley se infringió, quién lo hizo y cómo se

castigará al ofensor, la Justicia Restaurativa se pregunta: ¿Cuál fue el daño? ¿Qué es necesario para reparar ese daño causado? ¿Quién es él o la responsable de repararlo?” (p.8). Además de ello, en la justicia restaurativa se involucra la sociedad en su conjunto (víctimas indirectas) y las medidas que permitan la implementación de los acuerdos.

En ese sentido, Tonche & Umaña (2017) describen las principales diferencias una respecto de otra:

A. Cuadro 1: Justicia Restaurativa y Justicia Retributiva

Justicia tradicional	Justicia restaurativa
Crimen definido como violación a una regla	Crimen definido por la afectación a las personas y a las relaciones
Daño definido en abstracto	Daño definido en concreto
Crimen visto como categóricamente diferente de otros daños	Crimen reconocido como relacionado a otros daños y conflictos
El Estado es visto como víctima	Las personas y las relaciones son las víctimas
Estado y ofensor son vistos como partes primarias.	Victima y ofensor son vistos como partes primarias
Necesidades y derechos de las víctimas son ignorados.	Necesidades y derechos de las víctimas son centrales.
Dimensiones interpersonales son irrelevantes	Dimensiones interpersonales son centrales

Fuente: Tonche & Umaña (2017), p. 231.

En este cuadro son visibles algunas diferencias entre los tipos de justicia analizados. No obstante, conviene realizar algunos comentarios a partir de lo mencionado. Para Rodríguez (2012) la implementación de la justicia restaurativa supone algunos desafíos como la *justicia desformalizada*, que se presenta cuando existe un exceso de flexibilidad en las soluciones y falta de seguridad jurídica; también, el riesgo de convertir al derecho como un instrumento terapéutico, privatizando el proceso y dirigido principalmente por las víctimas del conflicto. Además, la fragilidad de las garantías procesales como el debido proceso, confesiones obtenidas de manera irregular, presunción de inocencia, entre otras (pp. 29-30). Ahora bien, estos postulados suponen retos importantes para la justicia restaurativa, en primer lugar, deslindarse de la sombra de la impunidad y, en segundo lugar, asegurar las garantías procedimentales de los involucrados en los procesos penales. Al respecto, Vera (s.f) señala que:

“[...] puede ser mejor obtener la realidad de los hechos por medio de un proceso penal como paso previo a una restauración o resarcimiento. En efecto, la victimización global precisa de

un[a] «verdad» que sea igual para todos, como punto de partida para empezar a pensar en un proceso de restauración. No solo los sujetos pasivos necesitan saber qué ocurrió y quiénes son sus autores, sino toda la sociedad. Y para ello se precisa de un mecanismo institucional que pueda cumplir esa función como es el proceso penal.” (pp. 477-478)

En ese sentido, es necesario tener en consideración a la justicia retributiva en los procesos penales. Las garantías jurisdiccionales de un proceso tienen que estar establecidas dentro del mismo, con reglas claras para los involucrados, siendo el Estado el encargado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad de las víctimas. Como señala Vera (s.f), es importante definir mecanismos institucionales de justicia. Si bien es cierto, la justicia retributiva puede tener ciertas limitaciones, sin embargo, es un pilar importante para obtener la verdad, sobre todo, en cuanto a las cuestiones de garantías procedimentales como la obtención de la prueba. Los conocimientos técnicos como las pericias ayudan a determinar los sucesos, no basta solo con los testimonios; confrontar los indicios de culpabilidad constituye una característica importante dentro de un proceso penal.

1.1.2 Justicia de transición

Ahora bien, analizados estos dos tipos de justicia, ¿A qué se refiere la doctrina sobre justicia transicional? ¿Es un tipo de justicia? ¿Podría calzar dentro de las concepciones de justicia? ¿Es una justicia impositiva? Muchas de estas interrogantes nos surgen al abordar este tema de gran complejidad. La justicia transicional posee diversas concepciones de acuerdo al enfoque con que se le quiera abordar. Hoy en día se habla de justicia penal transicional, justicia constitucional transicional, entre otras. Existe una fuerte discusión en relación con su naturaleza. Algunos autores como Uprimny y Saffon (2008) precisan que “[...] se trata de un tipo especial de justicia determinado y limitado por las dinámicas políticas de los tiempos de transición” (p. 165). Por el contrario, cuando se hace referencia a justicia transicional, no hay que entenderla como un tipo especial de justicia, sino como aplicación de la justicia en una situación de tránsito entre el conflicto hacia la paz.

“La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.” (International Center for Transitional Justice, 2017)

Esta cita permite entender a la justicia transicional desde su propia naturaleza. Es decir, no como un tipo de justicia independiente, sino como un concepto que se desarrollará en la transición, partiendo de una de las tipologías de justicia. Esta excepcionalidad faculta a la justicia transicional a implementar otros mecanismos a los ya acostumbrados dentro la justicia legal, a fin de estabilizar a las sociedades que sufren o han sufrido los embates de la violencia en el marco de un conflicto.

La justicia transicional busca reemplazar una situación de conflicto, ya sea de transición política o de guerra.

“Frente a estas circunstancias [violencia generalizada y sistemática], la Justicia transicional ha logrado proporcionar un conjunto de mecanismos tendientes a superar violaciones de derechos ligadas a esas transiciones o escenarios de violencia, aportando soluciones jurídicas y políticas fuera de la convencionalidad, precisamente para facilitar el cierre de episodios extraordinarios de violencia sistemática, dictaduras y violaciones generalizadas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario” (Melamed 2017, p. 191)

De esta cita se desprende que los objetivos de la aplicación de la justicia transicional son la verdad, justicia, reparación y no repetición. La reconciliación se plantea como una consecuencia, ésta no es inmediata, sino un proceso que se tiene que seguir dentro de las sociedades que, dependiendo de la complejidad del conflicto, definirán ellas mismas su proceso. Lo mencionado es de suma importancia, puesto que la aplicación de la justicia transicional es diferente en cada escenario. No es lo mismo lo realizado en Sudáfrica que en El Salvador, por ejemplo. Cada proceso es distinto, dependiendo el nivel de complejidad del mismo y eso no lo determina el derecho, sino las ciencias sociales que acompañan a la justicia transicional. La sociedad es quien tiene que resolver sus conflictos para poder reconciliarse.

“Los procesos transicionales están marcados por una serie de particularidades que hacen muy difícil elaborar una definición o fórmula y que la misma sirva en todo tiempo y lugar. A la hora de tomar medidas que garanticen un correcto proceso transicional, hay que tener en cuenta factores políticos, económicos y sociales tanto a nivel local así como también a nivel internacional” (Garfunkel, 2016, p. 435)

Sobre lo referido, Gabriel Gómez (2014):

“[...] justicia transicional es un concepto que puede ser polivalente, en la medida en que llega a tener múltiples sentidos, los cuales dependen no solo de las características de los mecanismos específicos que aparecen en esos momentos de cambio político, sino también de los contextos de cambios sociales, políticos y culturales, y de las perspectivas desde las cuales se construyen aquellos sentidos.” (p. 4)

Por ello, se reitera que no se puede imponer ni forzar un concepto de justicia transicional, puesto que depende del conflicto y este, a su vez, de sus actores, la

complejidad y otros elementos. Ahora bien, existe un concepto aceptado de justicia transicional y su aplicación dentro de un conflicto. No obstante, no puede desconocerse que todos los procesos de justicia transicional son distintos, en temporalidad y causalidad, de ello dependerá la consecución de la verdad, justicia, reparación y no repetición dentro del conflicto. Existen consideraciones importantes que caracterizan a la justicia transicional, las cuales recaen en sus dimensiones, que en el siguiente apartado se desarrollarán.

1.2 Dimensiones de la Justicia Transicional

Como se señaló anteriormente, la justicia transicional no es una fórmula. Las tensiones entre justicia y paz están presentes; por ello, una u otra tendrá mayor énfasis dependiendo de las acciones tomadas en el acuerdo, que, a su vez, es un reflejo de la magnitud del conflicto. La negociación constituye el punto de partida para determinar las proporciones de justicia y paz que se deben de tomar. Ahora bien, el equilibrio entre ellas no es arbitrario, por el contrario, responde a estándares de justicia internacional. Como precisa James Stewart (13 de mayo de 2015) “[...] a la luz del alcance global de la competencia de la CPI [Corte Penal Internacional], de las disposiciones jurídicas que regulan su funcionamiento, y de las limitaciones prácticas y logísticas que enfrenta, la Fiscalía ha adoptado una política de investigar y enjuiciar a los más responsables por los crímenes más graves” (p. 15). No obstante, dentro del Estatuto de Roma, no existe un mandato imperativo para que las persecuciones penales se encuentren basadas en el nivel de autoridad que el autor tenía en al momento de la comisión del delito.

Luigi Ferrajoli (2016) considera que es necesaria una paz por medio del derecho, no una paz con impunidad generalizada. Así, las concesiones deben fomentar el derecho a la justicia en miras al posconflicto.

“Tiene que consistir, si aceptamos lo dicho hasta ahora sobre la paz como valor político supremo, perjudicial a cualquier otro, en un tipo de justicia dirigida a una obvia finalidad: el cese de la guerra interna y la pacificación entre todos los diferentes combatientes, sobre la base de una efectiva reconciliación nacional que no deje sobre el terreno odios, rencores, sentido de la injusticia padecida, deseos de venganza y por tanto el peligro de una reapertura de la guerra.” (p.149)

De ese modo, la justicia tiene que estar presente dentro del proceso de transición. Hoy en día, no se puede concebir una impunidad generalizada so pretexto de alcanzar la paz. Es por lo que, la justicia transicional depende, muchas veces, de los enfoques que se

le quiere dar. La doctrina establece algunos usos del discurso de la justicia transicional, los más comunes, de acuerdo con Uprimny & Saffon (2008) son:

“El primero [Uso manipulador] consiste en el uso del discurso de la justicia transicional, y en particular de los derechos de las víctimas, con el principal propósito de ocultar la impunidad. Se trata de un uso manipulador, en la medida en que adopta el lenguaje de la justicia transicional como un instrumento meramente retórico, a través del cual no se realiza ninguna transformación material o práctica, pero sí se obtiene un importante efecto simbólico

[...]

El segundo [Uso democrático] posible del discurso de la justicia transicional se caracteriza por su naturaleza democrática o emancipatoria. En efecto, en agudo contraste con el anterior, este uso de la justicia transicional tiene el propósito de luchar contra la impunidad. Dado que los mecanismos de la justicia transicional, y en especial los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, son concebidos como herramientas para lograr ese propósito.” (p. 176)

Aquí se tienen dos perspectivas, la primera de ellas con un componente de impunidad dentro de su concepción. La que se propone en la perspectiva manipuladora es utilizar el miedo y el fracaso de la paz como elementos de consideración para la negociación. Es decir, aceptar cuotas de impunidad para alcanzar la paz, lo cual lleva a condicionar la transición; en el sentido que la incluye necesariamente dentro de la paz.

En cuanto al uso democrático, se utilizan los mecanismos de la justicia para poder concebir una nueva sociedad. La impunidad no es una opción. Se tiene que reclamar los derechos de las víctimas mediante la aplicación de justicia, verdad, reconciliación, reparación, entre otros que serán necesarios dentro de esta concepción. Precisamente, la materialización de los derechos de las víctimas se da a través de la justicia.

Gómez Sánchez (2014) contempla dos perspectivas en materia de justicia transicional y derechos humanos: La primera, “[...] visión «desde arriba», aborda las relaciones entre política y derecho desde una mirada fundamentalmente institucional que hace énfasis en el diseño de políticas públicas y marcos jurídicos y en el rol de las élites políticas” [...] (p.17). La segunda, “La perspectiva «desde abajo», se concentra, por una parte, en la participación de actores no estatales en el diseño político y la ampliación de mecanismos de justicia transicional y, por la otra, en prácticas no formales de resolución de conflictos en espacios locales” (p.18)

La perspectiva desde arriba examina el reconocimiento de crímenes atroces y la construcción de memoria, a través de las instituciones. Son necesarias las políticas de Estado para la construcción de memoria individual y colectiva, pero también el

reconocimiento de los derechos de las víctimas. El diseño de las políticas no es gratuito, por el contrario, se da a través de un marco jurídico enfocado en la transición y en el posconflicto. Es la oportunidad que se le da a las instituciones de poder responder ante tales situaciones. En cambio, la otra perspectiva se enfoca en la paz mediante actores no estatales. En este modelo, la transición tiene que darse a través de la ciudadanía, no de las instituciones. Por lo tanto, la discusión gira en torno a los ejes de la aplicación de la justicia transicional, si es por medio de las instituciones o de los agentes no estatales.

Otras vertientes consideran que es importante tener presente la fuente de origen de la paz, es decir, si es una paz lograda desde el propio Estado o si es una paz desde fuera (impuesta por terceros). Así, el Profesor Jon Elsner (2006) en su obra *Rendición de cuentas* clasifica episodios históricos de justicia transicional. En primer lugar, hace la distinción respecto a la naturaleza del régimen autocrático (endógeno y exógeno) y, en segundo lugar, respecto a la justicia transicional (endógena y exógena); ambos criterios en relación con la perspectiva del origen de la paz o el régimen autocrático, con especial énfasis en la forma en que se engendra u origina.

Como se ha mencionado, Elsner trabaja con regímenes autocráticos, es decir, sistemas que no están sujetos de control popular y que concentran el poder en una sola persona⁶. Elsner exhibe algunos casos prácticos, por ejemplo, en relación con la justicia transicional exógena, los casos más emblemáticos son los procesos seguidos contra los jefes del eje en la Segunda Guerra Mundial (Italia, Alemania y Japón), los cuales fueron sometidos a la justicia por parte de los aliados. En otras palabras, una justicia de los vencedores sobre los vencidos, la transición se dio por gobiernos extranjeros y se impuso una justicia externa dentro los procesos.⁷

Por lo que se refiere a la justicia transicional endógena, Elsner menciona los casos de Karamanlis, Oliveira de Salazar y Franco; en Grecia, Portugal y España, respectivamente. Respecto a América Latina, los procesos de transición en el gobierno de Alfonsín en Argentina, la caída de Hugo Banzer en Bolivia, la junta militar en Brasil, entre otros. El común denominador en estas transiciones es que los procesos son seguidos

⁶ Las principales manifestaciones de regímenes autocráticos son la dictadura y la monarquía absoluta. Es necesario distinguirla de los regímenes totalitarios, éstos pueden derivarse en ellos, pero no lo son en esencia.

⁷ Los casos más emblemáticos son los el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945) y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (1946)

por los mismos países. Es decir, que, tras la caída de los gobiernos militares, la transición se llevó a cabo por ellos mismos y no por un tercero.⁸ El fortalecimiento de las instituciones, la condena a los principales responsables de violaciones de derechos humanos, el derecho a la verdad de las víctimas, etc., todo ello se dio en el marco de una transición interna, sin intervención de terceros como en el caso de la justicia exógena.

El autor reseñado no descarta que pueda haber híbridos o algunos casos ambiguos, estableciendo algunos ejemplos que no vienen al caso desarrollar. Sin embargo, lo importante de esta mención es que los procesos de justicia transicional no pueden encasillarse de una u otra manera, puesto que siempre van a existir excepciones en los parámetros que se le quiera imponer. Sea la dimensión que fuere, cada proceso es distinto y los patrones son diferentes en uno u otro caso, puesto que las sociedades son diferentes también. Es importante el fortalecimiento de las instituciones, la condena a los responsables de violaciones de derechos humanos, garantizar los derechos de las víctimas, entre otras cosas. Así, dependiendo de cómo fue llevado el proceso de transición, existirá una clasificación distinta uno de otro. De esa manera, ¿cuáles son los mecanismos de la justicia transicional? ¿Existen algunos patrones comunes en su aplicación? Esas preguntas son las que se intentará absolver en las siguientes líneas abajo.

1.2.1 Criminales, víctimas, limitaciones y exageraciones

La justicia transicional gira en torno a las víctimas y a los victimarios, esa dicotomía que parece imposible de conciliar se ve presente dentro de los procesos de transición. ¿Cuál es el costo de ponerle fin a la violencia? Acaso, ¿las víctimas tienen que convivir con sus verdugos? ¿Los verdugos tienen que continuar con las vejaciones hacia sus víctimas? ¿Aplicar la violencia para la estabilidad? Son muchas las interrogantes que encierran los procesos de transición en la aplicación de la justicia; la propia naturaleza de la justicia transicional requiere una armonía entre los actores del conflicto y los intereses que representen. Aunado a ello, la transición bajo un sistema democrático implica la participación social en dicho proceso.

⁸ Es menester hacer un matiz importante. Si bien es cierto, las categorías contempladas por Elsner son de gran utilidad para distinguir una clasificación histórica de los procesos de justicia transicional, ahora bien, habría que entender el contenido de su clasificación con algunas reservas. Hay que precisar que en ciertos episodios no hubo procesos estrictos de justicia transicional como es el caso de Argentina y España, ya que hasta la fecha se sigue reivindicando justicia para las víctimas y recuperación de la memoria.

Las exageraciones de la justicia transicional dependen de los usos que se le dé a este concepto. Como se mencionó anteriormente, representa la subjetividad del individuo, del colectivo o una determinada clase política; la guerra es un medio para conseguir un fin y, esta finalidad es asumida por la política. Así, puede apreciarse un contenido racional como emocional y, dependiendo del uso, una preponderancia de uno u otro. Justamente, el principal dilema de la transición es el qué hacer.

“La obligación debe aplicarse independientemente si las graves violaciones están abiertas o cerradas. Se vuelve crucial cuando éstas fueron diseñadas precisamente para crear enormes problemas con las pruebas para subsecuentes investigaciones y, para evadir un incremento creciente de verificación internacional hacia las prácticas de derechos humanos en el gobierno.” (Roth-Arriaza, 1990, p. 461).⁹

Precisamente, lo que reseña esta autora es el gran dilema por el que pasan gran parte de gobiernos que se enfrentan a la transición de la guerra a la paz, es decir, el posconflicto. La alternativa más frecuente en muchos de los casos ha sido la condescendencia. Así, uno de los mayores dilemas de la justicia transicional son las denominadas cláusulas de amnistía. Después de la caída III Reich, los lineamientos de la desnazificación —llevada a cabo por la República Federal Alemana— dio paso a una política de amnistía y reinserción de los victimarios. (Oettler, 2015, p. 68). Este es uno de los ejemplos históricos que existen después de la Segunda Guerra Mundial y, desde luego, no es necesario detenerse en ellos, simplemente mencionar los de mayor relevancia para efectos de la presente investigación.

Respecto al punto anterior, en América Latina existen múltiples casos donde se aplicaron leyes de amnistía dentro de una transición, cabe recordar la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado de 1986 en Uruguay (Ley No. 15.848)¹⁰, establecida en el primer gobierno de Julio María Sanguinetti; la Ley de Amnistía General para la

⁹ Traducción no oficial, cita textual: “The obligation should apply whether the past gross violations are open or cancelled. It becomes crucial when the past violations were designed precisely to create enormous problems of proof for subsequent investigators and to avoid increased international scrutiny of government human rights practices”

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) del caso *Gelman vs Uruguay* estipuló que: “Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay” (§232)

Consolidación de la Paz de 1993 en El Salvador (Decreto Legislativo No. 486)¹¹, y la Ley de Amnistía de 1995 en Perú (Ley No. 26479), en el marco del conflicto armado interno contra Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA)¹²; entre otros ejemplos.

En definitiva, lo expuesto en el párrafo precedente es de utilidad dado que ayuda a determinar uno de los desafíos de la justicia transicional. La justicia internacional es necesaria para frenar la propuesta de impunidad en las transiciones; como se ha visto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la materia¹³. Hay que entender a la justicia no solo en los tribunales, sino como una justicia como reparación, ya que, al iniciar una investigación, un proceso y una sentencia, es una forma de resarcimiento. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) respecto al caso *Gelman vs Uruguay* señala que la sentencia en sí misma constituye per se una forma de reparación (§312.8). Este argumento es de vital importancia, ya que el sistema interamericano reconoce que una disposición del tribunal tiene función resarcitiva, es decir, que no se queda en el plano de la justicia de los tribunales, sino también abarca la justicia reparativa.

1.2.2 Verdad por encima de justicia

La transición exige mínimos de verdad y justicia, es necesario la confluencia de ambas para llevar a cabo un exitoso proceso de transición. No obstante, la tendencia dentro del proceso es preponderar la verdad. El argumento utilizado este derecho es necesario para la construcción de una memoria histórica y la no repetición del conflicto. Lo ideal es equilibrar la verdad y la justicia para poder llegar a un consenso en las

¹¹ Mediante sentencia de fecha 13-JUL-2016, en el proceso de inconstitucionalidad seguido en el expediente 44-2013/145-2013, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador falla: “Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 1 de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993, en la parte que expresa: “Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos...”, porque dicha extensión objetiva y subjetiva de la amnistía es contraria al derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial – protección de los derechos fundamentales–, y al derecho a la reparación integral de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, pues impide el cumplimiento de las obligaciones estatales de prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción y reparación integral” (p. 41)

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo) en el caso *Barrios Altos vs Perú* declaró que “[...] las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492 [Ley de Interpretación de la Ley de Amnistía] son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos” (§51.4)

¹³ Caso *Gelman vs Uruguay* (2011), entre otros.

negociaciones de paz. De acuerdo con la Resolución AG/RES. 2725 (XLII-O/12) de la Asamblea General de Naciones Unidas (2012) es importante conocer la verdad:

“[...] [Es necesario que] los Estados proporcionen mecanismos adecuados y efectivos para que la sociedad en su conjunto y, en particular, los familiares de las víctimas conozcan la verdad en relación con las violaciones manifiestas de los derechos humanos y con las violaciones graves del derecho internacional humanitario.” (p.2)

Lo relevante de este considerando se basa en que, en primer lugar, reconoce el deber del Estado de proporcionar dispositivos de búsqueda de la verdad. Generalmente, se asocia a través de un proceso judicial (investigación, juzgamiento y sentencia), para algunos denominado como “verdad jurídica”. Este tipo de verdad se desprende de aquello que se conoce en los tribunales y la actuación probatoria. No se tienen en cuenta datos ajenos al proceso judicial. También se tienen las comisiones de la verdad dentro de los deberes del Estado, aquí se habla de una “verdad histórica”, lo que obedece realmente a la verdad. El espíritu de la Ley está orientado a que coincidan estos dos tipos de verdades, pero no necesariamente es así; tanto la verdad histórica como la jurídica son importantes, ninguna por encima de otra; puesto que son diferentes formas de verdad.

En segundo lugar, se reconoce la dualidad del derecho a la verdad hacia los familiares de las víctimas y la sociedad. Es innegable que el derecho a la verdad corresponde a las víctimas, no obstante, no sólo es un asunto interno de la familia, también es un derecho que puede ejercer la sociedad, la cual forma parte del Estado y es eje central para la transición hacia la paz. La sociedad tiene el deber de conocer la verdad como garantía de no repetición para las futuras generaciones.¹⁴

Conforme al derecho internacional, reparar es restituir, indemnizar, rehabilitar, satisfacer y no repetir. Bajo esta línea, la verdad guarda una estrecha relación con la reparación, es más, forma parte integral de la misma. En ese sentido, la Asamblea General de Naciones Unidas (2005) que aprueba el conjunto de *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, señala:

¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala señaló que: “[...] toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones.” (§274)

“b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones” (IX Principio, §22.)¹⁵

En reiterada jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que toda persona tiene derecho a conocer la verdad¹⁶. Para el profesor Felipe Gómez (julio-diciembre 2014): “[...] La verdad no se tiene que quedar en el círculo más íntimo de las víctimas, sino que tiene que ser reconocida oficial y públicamente, elevando así su validez al público y a la sociedad en su conjunto.” (p. 54). Esa publicidad que confiere validez de la verdad es la que se manifiesta como una forma de reparación de las víctimas, los familiares y la sociedad en su conjunto. En otras palabras, el acto público de reconocimiento constituye un resarcimiento, parte de la verdad es aceptar la culpabilidad por las acciones y omisiones del accionar estatal.

Así, se ha visto que tanto la justicia como la verdad constituyen formas de reparación a las víctimas y a la sociedad. Es necesario que, mediante la justicia transicional, se logre enlazar dichos conceptos, no priorizando uno por encima del otro, sino tratando de satisfacerlos al mismo tiempo y en el mismo grado o, en la medida de lo posible, sin que las brechas sean tan distantes una respecto a otra. De lo contrario, se pone en riesgo la transición, se fomenta la impunidad o se vulnera el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad. Una verdadera transición implica convergencia de estos supuestos, además voluntad de los actores para el tránsito de la guerra hacia la paz y todo lo que implique.

1.3 Justicia transicional en Colombia: El máximo hito de La Habana

En Colombia se viene aplicando la justicia restaurativa. Es posible mencionar algunas de las implementaciones legales que se han adoptado a lo largo de los últimos años como lo es el Acto Legislativo 3 de 2002¹⁷, por el cual se reforma la Constitución Nacional, sentando las bases del vigente artículo 250 inciso 7 de la Constitución de 1991:

¹⁵ Para más información consultar el catálogo de principios en: <http://bit.ly/1GczNEz>

¹⁶ Al respecto, revisar la sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo) en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (§181), sentencia del 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) en el Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú (§262-266), sentencia del 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) en el Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (§206), sentencia del 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas) en el Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia (§147), sentencia del 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas) en el Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (§100), sentencia del 22 de junio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) en el Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú (§243); entre otros.

¹⁷ Para más información consultar norma en: <http://bit.ly/2jtMWTa>

“[...] la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.” Lo que se busca mediante esta reforma es considerar a la víctima como parte del proceso, además, tener en cuenta a la justicia restaurativa dentro del ordenamiento jurídico. Esto da paso a otras reformas como lo es el Libro VI del Código de Procedimiento Penal¹⁸ donde se señala:

“Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.” (Artículo 518)

Aquí se hace referencia a todo un sistema de justicia restaurativa. En ese sentido, con el ascenso de Juan Manuel Santos en la política colombiana, estos mecanismos se fueron consolidando. En su período a cargo del Ministerio de Defensa (2006-2009) durante el Gobierno de Álvaro Uribe, se convirtió en una pieza clave en las operaciones de contrainsurgencia del gobierno. Santos guardaba un respeto profundo por Uribe, además, fue pieza clave para la continuidad del Partido Social de Unidad Nacional (Partido de la U) en el gobierno, precisamente cuando la Corte Constitucional de Colombia declaró la inexequibilidad de la Ley 1354 de 2009¹⁹, ley que convocaba el referendo para la tercera reelección de Uribe. En consecuencia, Santos fue encargado de asumir la campaña, por ello, renunció al Ministerio de Defensa en el 2009 para tener habilitación legal y postular a la Presidencia de la República.

En la campaña presidencial para el período 2010-2014 Santos hizo muchos esfuerzos por tratar de diferenciarse de Uribe, si bien es cierto, adoptó una campaña por la unidad nacional, al fin de cuentas terminó resaltando sus logros en el Ministerio de Defensa y, por ende, los logros de Álvaro Uribe. Es decir, “[...] representa la continuidad de los tres pilares que resumen la esencia del actual mandato [gobierno de Uribe]: la seguridad democrática, la confianza inversionista y la cohesión social.” (Victoria de la Unidad Nacional, 20 de junio de 2010). La propuesta política de Juan Manuel Santos tuvo muy poco de diferencia respecto al mandato anterior.

¹⁸ El Código de Procedimiento Penal se encuentra promulgado por la Ley 906 de 2004, para más información consultar en: <http://bit.ly/2wPHG1D>

¹⁹ La Corte Constitucional de Colombia, mediante Sentencia C-141/10 del 26 de febrero de 2010, llega a la conclusión que: “[...] la segunda reelección y el tercer período consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva.” (6.3.7 Conclusión §12)

“Juan Manuel Santos ganó demostrando sus logros anteriores como ministro y convenciendo a los colombianos que votar por él era el equivalente de reelegir a Álvaro Uribe. Aunque en la segunda vuelta hizo énfasis en su propuesta de generar más trabajo y de liderar un gobierno de ‘unidad nacional’, los colombianos votaron masivamente por la continuidad de las políticas del Presidente Uribe, principalmente en lo que tiene que ver con mantener la ofensiva contra las Farc. De hecho, la votación de Santos coincide exactamente con los niveles de favorabilidad del Presidente. A Santos lo eligió el 70 por ciento del país que se ha declarado uribista en los últimos ocho años”. (Leon, 20 de junio de 2010)

Este apartado trae a colación dos temas. En primer lugar, que el triunfo verdadero fue de Álvaro Uribe, el cual fue reconocido en un discurso de Santos (7 de agosto de 2010) tras los resultados de los comicios presidenciales: “[...] quiero rendir tributo desde el fondo de mi corazón a uno de los mejores presidentes que hemos tenido en dos siglos de vida republicana [...] muchas gracias presidente Álvaro Uribe Vélez [...]”²⁰. En segundo lugar, se desprende que el electorado optó por la lucha frontal contra las FARC-EP y la arremetida contra los grupos armados.

Sin embargo, no se esperó que Juan Manuel Santos haya logrado una paz definitiva con las FARC-EP, poniendo fin a un conflicto armado de casi 57 años de existencia²¹. Precisamente, en su segundo mandato presidencial, de fecha 26 de agosto 2012 se firmó el documento donde se dio inicio al proceso de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. Se inició la mesa de conversaciones el 18 de octubre del mismo año, que dio como acto seguido, un cese al fuego unilateral por parte de la guerrilla²². Fueron cerca de cuatro años de diálogo, con más de 40 rondas de negociaciones donde se discutieron temas como desarme, participación política, cultivos ilícitos, reforma agraria entre otros; hasta que, el pasado 24 de agosto de 2016 se firmó el acuerdo de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional.

Este documento, denominado “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” (En Adelante El acuerdo o Acuerdo Final) consta de seis puntos que se desarrollarán de forma sucinta, puesto que no constituyen parte esencial de la presente investigación, no obstante, se abordará uno de ellos en los siguientes acápite, por considerarse eje central de este trabajo. En ese sentido, El acuerdo aborda los siguientes puntos: 1. Reforma Rural Integral, 2. Participación

²⁰ Para más información consultar el discurso online en: <http://bit.ly/1ihR5HC>

²¹ Al respecto, debido a sus esfuerzos por conseguir la paz en Colombia, el presidente Santos fue premiado con el Nobel de la Paz en el 2016. Para más información, consultar sitio web oficial del Premio Nobel en: <http://bit.ly/2rvaPjM>

²² Conforme al comunicado del Secretariado del Estado Mayor de las FARC-EP (19 de noviembre de 2012), se ordena el cese al fuego durante el periodo comprendido entre las 00:00 horas del día 20 de noviembre de 2012 hasta las 00:00 horas del día 20 de enero de 2013.” Consultar en: <http://bit.ly/2rayB1H>

Política, 3. Fin del Conflicto, 4. Solución del Problema de las Drogas Ilícitas, 5. Víctimas del conflicto armado, 6. Mecanismos de Implementación y verificación. Así, en las siguientes líneas se pasará a mencionar cada uno de ellos:

En cuanto a la Reforma Rural Integral, El Acuerdo “[...] contribuirá a la transformación estructural del campo, cerrando las brechas entre el campo y la ciudad y creando condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural” (p.5). En ese sentido, propone una democratización del acceso y uso adecuado de la tierra; a través de subsidios o créditos especiales que ayuden a paliar el fenómeno de la desigualdad social presente desde inicios del siglo XX. Además, se contempló una reforma rural que provea a las familias con acceso a servicios y bienes públicos, es decir, mejoras en la infraestructura eléctrica, vial, de riego, y demás.

Respecto a la Participación Política, se tuvo como objetivo “[...] fortalecer el pluralismo y por tanto la representación de las diferentes visiones e intereses de la sociedad, con las debidas garantías para la participación y la inclusión política” (p.5) En ese sentido, el Acuerdo busca dicha representatividad de las FARC-EP a través de dos mecanismos. El primero de ellos es la representación política mediante la creación de un partido, financiado con el 10% de la apropiación presupuestal para el funcionamiento de los partidos del Estado. (Acuerdo Final p.26). El segundo de ellos se da concediéndoles 5 escaños en el Senado y 5 escaños en el Congreso.²³

En relación con el punto sobre Fin del Conflicto, se propuso una serie de objetivos orientados a ello. En primer lugar, estuvo el cese al fuego y de hostilidades entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, también la reincorporación de la guerrilla a la vida civil, la lucha frontal contra las bandas criminales y demás. En pos de la consecución de los objetivos se propusieron ciertos beneficios jurídicos, políticos, económicos para los miembros de la guerrilla, por ejemplo, pago del seguro social, pago de 2 millones de pesos por concepto de normalización²⁴, pago por dos años del 90% del salario mínimo²⁵ y

²³ Hay que precisar que esos diez escaños en total sólo serán para las siguientes dos legislaturas en Colombia, es decir, la del 2018 y las 2022, después de ello tendrán que obtener la representación por los conductos regulares.

²⁴ Aproximadamente 700 dólares.

²⁵ Esta cláusula depende de que los miembros de las FARC-EP no tengan un vínculo contractual que les genere otros ingresos.

asignación de 8 millones de pesos para emprender proyectos productivos, individuales o colectivos.²⁶ (Acuerdo Final p. 66-68)

En el punto de Solución del Problema de las Drogas Ilícitas se “[...] propone encontrar una solución definitiva al problema de las drogas ilícitas, incluyendo los cultivos de uso ilícito y la producción y comercialización de drogas ilícitas [...]” (Acuerdo Final, p.6). El desarrollo de esto se dio, básicamente, con la sustitución del cultivo ilícito. No obstante, esto será una ardua labor, ya que una parcela de hoja de coca cuesta mucho más que otro producto. El narcotráfico financió durante años a la guerrilla y muchos de esos pagos fueron mediante estupefacientes. Precisamente, un punto controvertido es que se propone la amnistía para delitos conexos al conflicto armado, la pregunta sería si se podría considerar al narcotráfico como un delito conexo.

Finalmente, el último punto propuso crear una institución que tenga por objeto “[...] hacer seguimiento a los componentes del Acuerdo y verificar su cumplimiento, servir de instancia para la resolución de diferencias, y el impulso y seguimiento a la implementación legislativa” (Acuerdo Final, p.9). Esta comisión tendrá la voz definitiva para los inconvenientes que se puedan presentar en la implementación, la participación de las FARC-EP y el Gobierno Nacional en esta comisión asegura la viabilidad del cumplimiento.

En febrero de 2016, el Presidente, a través de su cuenta de Twitter señaló: “Lo que se firme en La Habana lo someteré a plebiscito, les guste o no a las Farc.”²⁷. Es por lo que, el 02 de octubre del mismo año, El Acuerdo fue sometido a consulta popular.²⁸ Durante esos casi ocho meses, se libró una campaña frontal entre los defensores del acuerdo (agrupados en el SÍ) y los críticos al mismo (agrupados en el NO)²⁹ Finalmente, los resultados del plebiscito fueron inesperados. Según datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Boletín Nacional No. 53), hubo un 62,57% de ausentismo en las urnas; es decir, que menos del 40% de la población fue a votar. Dentro de dicho porcentaje, aproximadamente el 50.21% de ciudadanos colombianos optaron por el NO.

²⁶ Esta cláusula depende de la existencia de dichos proyectos.

²⁷ Consultar tuit en: <http://bit.ly/2s4DpW6>

²⁸ Mediante Sentencia C-379-2016, la Corte Constitucional declara exequible el proyecto de ley estatutaria que regula el plebiscito para la refrendación de El Acuerdo, lo que da un paso oficial para la consulta de octubre de 2016.

²⁹ Se trae a colación que una de las principales fuerzas del NO, fue el partido Centro Democrático, cuyo máximo líder es el ex presidente de Colombia, Álvaro Uribe Vélez.

De acuerdo con La Silla Vacía (02 de octubre de 2016), los resultados del plebiscito fueron una clara muestra del rechazo hacia la FARC-EP y hacia el presidente Santos. Los partidarios del NO lograron capitalizar las distintas dicotomías y convencieron a la ciudadanía que votar por el SÍ significaba el regreso de la guerrilla.³⁰ En ese sentido, Gobierno Nacional fue poco diligente respecto a la política anti rumores, además, no hubo consenso con la oposición para llegar a un acuerdo que beneficiara a todas las partes. Aun así, la negociación con las fuerzas del NO se tuvo que dar, esta sirvió para la discusión e implementación de un Nuevo Acuerdo del 24 de noviembre de 2016 (en adelante el Nuevo Acuerdo) que fue refrendado por el Congreso de la República en noviembre del mismo año.³¹

Hubo muchos cambios en relación con El Acuerdo del 24 de agosto de 2016, las acotaciones fueron especialmente cuidadosas y la redacción también. Sin embargo, las cuestiones de forma pierden trascendencia frente al fondo del asunto. Ahora bien, no será necesario detenerse en todos y cada uno de los cambios, sino en los más significativos. En primer lugar, el Nuevo Acuerdo mantuvo la estructura central de seis puntos, precisa muchos temas integrales y se convierte en sostenible en el tiempo. Al respecto, Lederach (2016) menciona: “En cuanto más abarca y más detallado es un acuerdo, más posibilidad tiene de ser sostenible en el tiempo. Si es demasiado corto y ambiguo, no suele durar.”³²

El punto de la Reforma Integral Agraria, el Acuerdo Final ponía en riesgo los derechos de propiedad privada, es por lo que, para evitar contingencias el Nuevo Acuerdo tiene una cláusula expresa de respeto a la propiedad privada: “Nada de lo establecido en el Acuerdo debe afectar el derecho constitucional a la propiedad privada. (Nuevo Acuerdo, p.13). Por otro lado, en cuanto a los bienes de la guerrilla, las FARC-EP tienen la obligación de declarar y obligación de reparar. La primera, declarar los bienes a su disposición, la segunda que, con estos bienes, se destine a la reparación a las víctimas del conflicto.

En cuanto a la reinserción de las FARC-EP a la vida civil, se reduce el porcentaje de presupuesto para el partido político de guerrilla: “[...] suma equivalente al promedio

³⁰ Para más información, consultar *Cinco razones para la derrota del Sí* en: <http://bit.ly/2dBY1xg>

³¹ Para conocer más sobre las opciones y propuestas de los voceros del NO, consultar punto 8 del documento “Sistematización opciones y propuestas voceros del NO y lo acordado en el nuevo acuerdo” del Alto Comisionado para la paz (22 de noviembre de 2016), disponible en: <http://bit.ly/29C0af5>

³² Para más información, consultar la entrevista en: <http://bit.ly/2cIbMMK>

que recibieron los partidos o movimientos políticos con personería jurídica para su funcionamiento en las elecciones previas a la firma del Acuerdo Final.” (Nuevo Acuerdo, p. 70). Es decir, un estándar más justo y equilibrado en relación con los otros partidos. Respecto a los pagos a favor de la guerrilla, estos no van a cambiar en lo absoluto, por el contrario, hay cobertura para enfermedades graves.

En definitiva, mediante este Nuevo Acuerdo se propuso terminar un conflicto que tuvo décadas de duración, ello reduciendo las desigualdades económicas y sociales, además, garantizando los derechos humanos de los involucrados. Este Nuevo Acuerdo se perfila como el más completo en toda la historia de Colombia. La sociedad civil y las víctimas se convierten en un eje fundamental para la transformación del país. El derecho a la paz y la verdad se refleja en el Nuevo Acuerdo. Ergo, conforme refieren Fuchs, Benedetti, & Pavia (2016):

“En términos generales, la característica más importante que se presenta, si se revisan estas diferentes experiencias de acuerdos políticos y sus soluciones jurídicas, es la progresiva consideración de parámetros jurídicos más rígidos y garantistas de los derechos de las víctimas como límites a los compromisos políticos de las contrapartes durante las negociaciones.” (p.2)

En relación con esta cita, el acuerdo de La Habana se diferencia por la priorización de los derechos de las víctimas del conflicto.³³ Como se ha visto anteriormente, la impunidad ha sido una característica de los procesos de paz anteriores. En el Nuevo Acuerdo, no solo se incluyó a las FARC-EP, también a las Fuerza Pública. En otras palabras, no solo la guerrilla puede ser juzgada, también los miembros de las fuerzas armadas. La rendición de cuentas constituye un punto primordial porque incluye dos derechos fundamentales complementarios: verdad y justicia.

1.3.1 Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición

Uno de los puntos más importantes dentro del Nuevo Acuerdo es el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (En adelante SIVJRNR). Para comenzar, se le define como un conjunto ordenado de mecanismos judiciales y extrajudiciales que tienen como objetivo, cumplir con una serie de fines como la satisfacción de los derechos de las víctimas, seguridad jurídica, rendición de cuentas, no repetición, entre otros. Ahora bien, antes de entrar al detalle, conviene descomponer

³³ Mediante el Comunicado Conjunto de fecha 5 de agosto de 2014, el Gobierno y las FARC-EP acuerdan las denominadas “Medidas para llevar a buen término las visitas de las víctimas a La Habana”. A través de ellas, varias delegaciones de víctimas viajaron a La Habana para participar en la Mesa de Diálogo.

algunos elementos importantes dentro de su definición, por ejemplo, su denominada integralidad:

“El Sistema es integral en tanto no se trata de una serie de mecanismos aislados, sino de un conjunto de mecanismos interconectados de manera coherente. Estarán interconectados, entre otros, a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia. Debe ser integral porque sólo así es posible dar una respuesta adecuada a todas las víctimas que nos ha dejado el conflicto armado y a todos sus derechos, así como al conjunto de la sociedad en general en la transición hacia la paz.” (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, s.f)

Este punto explica las funciones de la integralidad de sistema. En primer lugar, como ente integrador de los mecanismos del SIVJRNR, pero una integración coherente y ordenada. Esta relación se dará a través de la condicionalidad e incentivos para acceder a posibles tratamientos especiales de la justicia; es decir, como se verá, optar por alguno que otra institución, contribuye a los fines del sistema. Finalmente, porque este sistema integral es capaz de dar respuestas adecuadas a las víctimas del conflicto armado; víctimas de agentes del Estado, víctimas de las guerrillas y víctimas de grupos paramilitares; que son los entes principales dentro del Nuevo Acuerdo, en ese sentido, el derecho a la verdad prevalece frente a otros derechos que pudieran estar en disputa dentro del SIVJRNR.

El SIVJRNR está integrado por las siguientes instituciones: (Nuevo Acuerdo, p. 129-130):

a. Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.

De naturaleza extrajudicial, tiene el mandato específico de contribuir con el esclarecimiento de lo ocurrido, brindando una explicación a la sociedad de los hechos, así como promover la convivencia en los territorios, de cara al posconflicto, en aras a la no repetición del conflicto. Para ello, es menester reconocer a las víctimas y todos sus derechos. En esa línea, es necesario saber lo que pasó para tomar medidas correctivas y que no se vuelva a suceder. El trabajo final de esta comisión será elaborar un informe “[...] que tenga en cuenta los diferentes contextos, refleje las investigaciones en torno a todos los componentes del mandato y contenga las conclusiones y recomendaciones de su trabajo” (Nuevo Acuerdo, p.136).

b. Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y debido al conflicto armado (UBPD)

Uno de los componentes del esclarecimiento de lo ocurrido es la cuestión de las personas desaparecidas, según datos del Registro Nacional de Desaparecidos, se calcula que existen cerca de 67,000 personas reportadas como desaparecidas. Para ello, de carácter humanitario y extrajudicial, se crea la UBPD cuyo objetivo primordial son las acciones “[...] encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la identificación y entrega digna de los restos de las personas dadas por desaparecidas [...]”. (Nuevo Acuerdo, p. 139).

c. Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

De acuerdo con el Nuevo Acuerdo este organismo “[...] ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos” (p.145, §9). Tiene dentro de sus mandatos, asegurar los derechos de las víctimas a la justicia y la verdad, a través de diversas decisiones que otorguen seguridad jurídica a los participantes directos o indirectos dentro del conflicto. (p.143, §2). Esta será materia de un desarrollo exhaustivo durante la presente investigación.

d. Medidas de reparación integral para la construcción de la paz

Dentro de este apartado se consideran las medidas tempranas y las posteriores; las primeras son aquellos “[...] actos de reconocimiento y de contrición en los cuales [...] [los actores], reconozcan su responsabilidad colectiva por el daño causado y pidan perdón, asumiendo cada uno lo que le corresponde [...]” luego de la firma del acuerdo.³⁴ En cuanto a la reparación posterior en miras al posconflicto, esta se complementará con el Punto 3: “Fin del Conflicto”, donde se verán temas de reinserción a la vida civil, etc.

³⁴ Para ejemplificar una de las medidas de reparación temprana, se ciñe a lo comentado en el Pie de Página No. 21 del presente trabajo. Además, otra ilustración de lo referido fueron las disculpas públicas ofrecidas por el Comandante en Jefe de las FARC-EP, Rodrigo Londoño Echeverri, alias “Timochenko”, quien señaló: “En nombre de las FARC-EP ofrezco sinceramente perdón a todas las víctimas del conflicto por todo el dolor que se haya podido causar en esta guerra [...]” Más información consultar video de Acto público en: <http://bit.ly/2sbzypJ>

Además, dentro del SIVJRNR, se darán reparaciones simbólicas, como homenajes, conmemoraciones, a ampliar la cobertura pública y despliegue territorial, también apoyo psico-social para la recuperación emocional de las víctimas, entre otros.

e. Garantías de No Repetición

Conforme al Nuevo Acuerdo la No Repetición se garantiza a través del SIVJRNR mediante cuatro consideraciones. La primera de ellas respecto al reconocimiento de las víctimas. La segunda mediante reconocimiento de lo ocurrido y el respectivo esclarecimiento de los hechos. La tercera mediante la lucha contra la impunidad mediante la JEP y, finalmente, sobre la base de una convivencia basada en reconocimiento y responsabilidad. (pp. 186-187).

Hasta este punto se ha mencionado someramente los componentes del SIVJRNR, ahora bien, existen algunas diferencias propias del sistema que no ayudan a encajarse unas respecto a otras. Por ejemplo, una de las principales críticas que ha tenido la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición es su falta de conexión con otras instituciones del SIVJRNR. Un dato sumamente importante es que la información que reciba o produzca esta Comisión, no puede ser utilizada por las autoridades judiciales:

“La información que reciba o produzca la Comisión no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio; ni las autoridades judiciales podrán requerírsela.” (Nuevo Acuerdo, p.134)

Esto podría impedir que dicha información sea utilizada por las autoridades de la JEP. Por mandato expreso del Nuevo Acuerdo (p.145, §9) esta jurisdicción tiene naturaleza judicial, eso podría significar que no pueda utilizar la información que produzca o reciba la Comisión. Además, con la implementación de la Comisión para el esclarecimiento de la Verdad esta situación se consolida. De acuerdo con el Artículo 4 del Decreto 588 de 2017: “La información que reciba o produzca la CEV no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales”. No obstante, la prueba documental no perderá valor probatorio, solo los testimonios.

Así, la integralidad del discurso podría verse afectada con la posible incompatibilidad entre instituciones del SIVJRNR. Podría plantearse un sistema con dosis

de impunidad. La justicia para las víctimas puede verse comprometida por las regulaciones en el Nuevo Acuerdo, en ese sentido, se tendrían que tomar en cuenta las medidas necesarias para precisar y asegurar la estructura del mismo y evitar que caiga en un esfuerzo infructuoso.

1.3.2 Jurisdicción Especial para la Paz

La Jurisdicción Especial para la Paz nace de un esfuerzo por reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Existen una serie de obligaciones en el derecho internacional que emanan de tratados y jurisprudencia vinculante, las cuáles instauran el deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos.³⁵ Conforme al Informe de Diane Orentlicher, encargada del *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, el Principio 19 dice:

“Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.” (Consejo Económico Social, 8 de febrero de 2005).

Es necesario iniciar investigaciones con el ánimo de conocer la verdad y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, además se deben aplicar los mecanismos de justicia necesarios para frenar la impunidad que pudiera seguir a los procesos de transición, pero no sólo ello, sino también para las consideraciones futuras del conflicto. Es menester precisar qué aplicación de la justicia se dará específicamente en la JEP. El Nuevo Acuerdo consagró dentro de sus principios a la justicia prospectiva: “Exaltando y consagrando la justicia prospectiva en tanto reconoce derechos fundamentales esenciales para las nuevas y futuras generaciones” (p.3). Además, se menciona en una serie de oportunidades dentro del Punto 5, relacionado al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, cuyo tema es importante para esta investigación.

³⁵ Al respecto, revisar los siguientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia del 31 de enero de 2006 (Fondo) en el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia §142; Sentencia del 26 de septiembre del 2006 (Fondo) en el caso Vargas Areco vs. Paraguay §98; Sentencia del 28 de enero de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso Perozo y Otros Vs. Venezuela §298; entre otros.

La justicia prospectiva tiene miras hacia adelante, se contempla a la justicia como un deber ante situaciones futuras, se propone un cambio del modelo de justicia del pasado y presente hacia el futuro. Al respecto, Llambías de Azevedo (1949): [...] la justicia, que es un valor de relación y medida entre otros valores, no puede limitarse a considerar los valores de presente y los de pasado: ha de introducir también en su horizonte los valores de futuro” (p. 1315). Eso significa que, la aplicación de la justicia tiene que ser considerada hacia lo que viene: el fin del conflicto y la reconciliación. El autor anteriormente citado continúa: “[...] ha de consistir en especificar y adaptar las exigencias de la idea universal de la justicia a esta nueva situación” (p. 1316). Es decir, fomentar construcciones jurídicas orientadas a los nuevos desafíos, una justicia dinámica.

Ahora bien, se ha abordado gran parte de la sección del presente capítulo respecto a justicia transicional. En ese sentido, ¿qué pasa con esta dimensión de justicia prospectiva? Estas formas de aplicación se pueden armonizar entre sí, ello debido a que no son excluyentes, sino complementarias. Es decir, en primer lugar, la transición es un estadio que va del conflicto hacia la paz; esta situación de paz es necesaria para el fin del conflicto, la reconciliación entre los actores y la no repetición. En ese sentido, la aplicación de la justicia transicional también es prospectiva, ya que se enfoca en el posconflicto.

“La justicia prospectiva cabe dentro de los parámetros de justicia transicional –verdad, reparación a las víctimas y garantías de no repetición– y su aplicación excluiría la mera retribución en virtud del margen nacional de apreciación que se aplica por la particularidad del conflicto armado de Colombia.” (Barbosa, 2015, párr. 6)

Una vez aclarada esta situación, también se hace énfasis en la justicia restaurativa que, a grandes rasgos tendrá la función de reparar a las víctimas afectadas por el conflicto, así como el resarcimiento de daño causado, es complementaria con la justicia transicional, debido a que se enfoca en el fin al conflicto y las reparaciones. El objetivo de este análisis es mencionar que no es determinante evocar otras formas de aplicación de la justicia, siempre y cuando vaya en la línea de convergencia de aquello que busca trabajar el Nuevo Acuerdo.

Entrando en materia, la JEP ejerce funciones judiciales, su aplicación es retroactiva y se aplicará únicamente para “[...] aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador [...]” (Nuevo Acuerdo, p. 145, §9). Esta

Jurisdicción Especial tiene tratamientos especiales para quienes aporten verdad plena, repararen a las víctimas y garanticen la no repetición³⁶, pero una naturaleza distinta para aquellos que se resistan a colaborar con el SIVJRNR. La JEP está compuesta por diversas instituciones que canalicen ambos enfoques; cuyos objetivos están orientados a la verdad, justicia y reparación de las víctimas. Su composición consta de los siguientes elementos (Nuevo Acuerdo, p. 152, §.46):

a. Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas

Esta Sala tiene, dentro de sus principales funciones, decidir si los hechos o conductas atribuidas a las personas son competencia de la JEP, por haber sido cometidas en el contexto directo o indirecto del conflicto armado interno. (Nuevo Acuerdo, p. 154, §.48. a.). Además, este organismo se encargará de recibir los informes de las diferentes instituciones como la Fiscalía General de la Nación, la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes, etc.; con el objetivo de trasladar dicho informe a los procesados, en caso se vieran involucrados. Se le da la opción a declarar su versión de los hechos y reconocer o no responsabilidad, A partir de ello es que se activa una u otra posibilidad dentro de la JEP, que se verá en el transcurso del presente desarrollo.

b. El Tribunal para la Paz

Las sanciones que puede establecer este tribunal son de tres tipos. En primer lugar, para quienes reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena; se les compensará con un tratamiento benevolente y orientado al derecho a la verdad de las víctimas. En segundo lugar, para quienes reconozcan verdad y responsabilidades por primera vez en el proceso contradictorio, antes de dictarse sentencia, pues se les aplicará los beneficios de la primera situación, pero en menor medida. Es decir, ya no serán todas las disposiciones del párrafo 60 del Nuevo Acuerdo. Por último, para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad en el proceso contradictorio y sean declarados culpables, se tomarán las disposiciones de acuerdo con el código penal vigente.

³⁶ Mucho cuidado con la aclaración que hace el Nuevo Acuerdo (p.146, §13), en cuanto el deber de aportar verdad no implica aceptar responsabilidades.

- Sección de primera instancia en caso de reconocimiento de Verdad y responsabilidad

Esta Sección se encargará de valorar “[...] la correspondencia entre las conductas reconocidas, los responsables de las mismas y las sanciones a partir de la resolución proferida por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y determinación de los hechos” Esto quiere decir que, en base a un informe producido por la Sala de reconocimiento de la verdad y la posterior verificación, se procede a imponer a una sanción entre cinco a ocho años, incluido el concurso de delitos.

Dentro de estas sanciones, serán comprendidas “[...] restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución [...]. en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes” (Nuevo Acuerdo, p. 165, §60). En ese sentido, las personas que contribuyan con la Sala de reconocimiento de la verdad no purgarán condena efectiva, cárcel ni prisión alguna por los delitos cometidos en el conflicto armado.

- Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de Verdad y responsabilidad

Esta Sección se encargará de someter a un proceso judicial ordinario a los imputados que no hayan querido reconocer la verdad y someterse a responsabilidad. Según el Nuevo Acuerdo establece que está dentro de sus funciones: “Imponer sanciones ordinarias para los que no reconozcan verdad ni asuman responsabilidades, si resultaren condenados” (p. 162, §54.b.). Ahora bien, cabe precisar que, según sea el caso, esta institución se encargará de sancionar o absolver, con lo cual se garantiza el debido procedimiento.

En cuanto a las penas propuestas, se plantea que cumplirán sanciones conforme a la normativa penal vigente, “[...] la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves (Nuevo Acuerdo, p. 166) Además, se considera que, para el concurso de delitos, la pena máxima será de veinte años. A diferencia del anterior procedimiento, aquí se habla de cárcel y penas relacionadas a la normativa vigente, saliendo de la jurisdicción especial.

- Sección de revisión de sentencias

La función de esta sección es evaluar las condenas interpuestas por la justicia ordinaria y remitirlas para que el Tribunal para la Paz decida la sanción correspondiente en los términos de la Jurisdicción Especial para la Paz. Se plantea determinar si “[...] hubo un cumplimiento efectivo de la misma, sin perjuicio de la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y la no repetición. Dicha sentencia nunca podrá agravar la sanción previamente impuesta por la justicia.” (Nuevo Acuerdo, p. 163, §58. a.). Cabe precisar que esta revisión es mediante la calificación de la Sala de definición de situaciones jurídicas y a solicitud del interesado cuando se presente una variación de la calificación jurídica.

- Sección de Apelación

Conforme lo establece el Nuevo Acuerdo, la función de esta sección es “[...] decidir las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones de primera instancia. En segunda instancia no se podrá agravar la condena cuando el único apelante sea el sancionado.” (p.160, §52). Esta sección es muy importante porque no deja a la arbitrariedad de la sección de primera instancia, por el contrario, protege el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y acceso a la justicia que tienen todos los ciudadanos.

c. Sala de Amnistía o indulto

De conformidad con el Artículo 6.5 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, 1977:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”

Bajo ese fundamento en que el Nuevo Acuerdo recoge la figura de la amnistía y el indulto dentro de sus postulados. Al respecto, “[...] la Sala otorgará amnistía o indulto en casos de personas condenadas o investigadas por delitos amnistiables e indultables, de oficio o a petición de parte y siempre conforme a lo establecido en la ley de amnistía” (p. 157, §49). Ahora bien, estas concesiones de la justicia tienen límites que no tienen que ser traspasados para garantizar el derecho a la justicia de las víctimas del conflicto. Es

por lo que, el Nuevo Acuerdo considera que: “Hay delitos que no son amnistiables ni indultables de conformidad con los numerales 40 y 41 de este documento. No se permite amnistiar los crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma.” (Nuevo Acuerdo, p. 148, §25)

En relación con el apartado anterior, la referencia completa es respecto al Artículo 5 del Estatuto de Roma, donde señala los crímenes competencia de la Corte como el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, el crimen de agresión. Además de ello, el Nuevo Acuerdo señala que: “Tampoco son amnistiables o indultables en el SIVJNR, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, conforme a lo determinado en la ley de amnistía.” (p. 152, §41). En resumidas cuentas, se restringe las instituciones del indulto y la amnistía en relación con los delitos contemplados en el artículo quinto del Estatuto de Roma y los delitos no conexos con la rebelión.

d. Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos

Conforme al Nuevo Acuerdo esta Sala define la situación jurídica de quienes se encuentren comprendidos en la ratio de la JEP. En esa línea, las calificará en “[...] personas que no serán objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en la resolución de conclusiones, y personas a las que no habrá de exigírseles responsabilidades ante el Tribunal, por ser merecedoras de amnistía o indulto” (p. 158, §50.a.). En esa línea, se realizan diferencias respecto a lo que significa una amnistía de iure, para delitos como "rebelión", "sedición", "asonada", "conspiración" y "seducción", usurpación entre otros (Art. 15 Ley 1820 de 30 diciembre de 2016). Y la amnistía de facto, que correspondería al procedimiento otorgado por la Sala de Amnistía e Indulto, lo que corresponde es que la Sala de Definición traslade los casos a la Sala competente una vez determinada la situación jurídica de los procesados.

e. Unidad de Investigación y Acusación, la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad.

Este organismo funcionará exclusivamente cuando no haya reconocimiento de responsabilidad, ya sea individual o colectiva. Tal y como lo contempla el Nuevo

Acuerdo, satisfará el derecho a la justicia de las víctimas cuando no se quiera contribuir con la verdad. Tiene como objetivo central la investigación y posterior acusación: “[...] ante el Tribunal para la Paz a las personas cuyos casos le hayan sido remitidos por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad, por la Sala de definición de situaciones jurídicas o por la sección de revisión del Tribunal para la Paz” (p. 159, §51). Además de ello, cuando determine que no hay virtud de acusar, podrá dirigir la investigación a la Sala de Amnistía e Indultos.

De esta manera se ha visto el panorama general de la justicia en el contexto del conflicto armado en Colombia. Se aborda, principalmente, la justicia retributiva y la justicia restaurativa. La justicia transicional tiene una base de justicia restaurativa, puesto que esta no representa un tipo especial de justicia en sí misma, sino una forma de abordarla en épocas de transición desde un estado de conflicto hacia uno de paz. Así, la implementación de dicha esta justicia de transición se da mediante el SIVJNR que contempla a la Jurisdicción Especial para la Paz como una de sus instituciones centrales y de mayor trascendencia debido a que es la encargada de procesar los delitos por causa del conflicto armado.

CAPÍTULO II: LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS CRÍMENES COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS

En el capítulo anterior se ha desarrollado las dimensiones de la justicia transicional y su desarrollo en Colombia a través del SIVJRN. Se ha señalado que este sistema se encuentra integrado por diferentes instituciones que tienen como una de sus consignas, alcanzar la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas. La justicia es uno de esos derechos y, precisamente, la doctrina de la Responsabilidad de Mando se encarga de tutelarla. Por tanto, en el presente capítulo se dará una aproximación a esta doctrina desde el derecho consuetudinario y el Estatuto de Roma. Finalmente, una comparación necesaria respecto a lo referido por el Derecho Internacional y lo determinado por el Nuevo Acuerdo y el Artículo 25 del Código Penal colombiano.

2.1 Aproximación desde el Derecho Internacional Consuetudinario

Levine (febrero 2005) refiere que una de las primeras aproximaciones a la doctrina de la Responsabilidad de Mando es ofrecida en el juicio contra Peter von Hagenbach en 1474. En ese caso, el comandante de la novena compañía de las tropas del Duque de Borgoña fue condenado por crímenes de guerra y por falta de prevención de los crímenes de sus subordinados en la ocupación de la villa de Breisach. Más de cuatrocientos años después, se tiene la primera codificación moderna de la Responsabilidad de Mando en las Convenciones de La Haya de 1907 (IV y X). Así, la costumbre internacional, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, constituyen una de las fuentes más importantes dentro del derecho internacional y, en especial para el derecho penal internacional, respecto al estudio de la Responsabilidad de Mando. La verdadera discusión en cuanto a este tipo penal se remonta a los tribunales militares instituidos a lo largo del siglo XX tras las dos guerras mundiales, así como tribunales *ad hoc* en los últimos 20 años del siglo pasado. No obstante, la recopilación de los principios generados en dichos tribunales se ve reflejado con la creación de la Corte

Penal Internacional (En adelante CPI). Es así como, el desarrollo institucional respecto a la Responsabilidad de Mando y otros crímenes de trascendencia internacional se han centralizado bajo las competencias de la CPI, por lo que resulta pertinente mencionar los principales precedentes en materia de Responsabilidad de Mando para un desarrollo histórico y el mejor entendimiento de la justicia internacional.

2.1.1 Génesis de la Responsabilidad de Mando

En el contexto de la primera guerra mundial, una de las principales consignas del Tratado de Versalles 1919 fue el juzgamiento de los principales criminales de guerra.³⁷ El Tribunal de Leipzig inició sus labores el 23 de mayo de 1921 y, durante un año llevó los procesos de los principales responsables. Luis García-Blásquez (2012) refiere que el número de acusados en la lista aliada fue de 896 alemanes, de los cuáles, solo se juzgaron 45, siendo condenados 6, que recibieron penas inferiores a cuatro años de prisión (p.289). Uno de los casos en mención es el proceso seguido contra el Capitán Emil Müller, Capitán de la II Compañía de la *Gelsenkirchen Landsturm Battalion*, a quien se le encontró responsable por dejar de supervisar, alimentar y proteger a los prisioneros de guerra bajo su mando

El Capitán Müller fue procesado por los delitos de malos tratos, insultos, tratos contrarios a las regulaciones y, tolerancia de malos tratos de sus subordinados, en el campo de prisioneros de guerra *Flavy-le-Martel*³⁸. Respecto al tema desarrollado, se le acusó de tolerar los malos tratos por parte de los miembros de su tropa hacia los prisioneros en los campos. Al respecto, American Society of International Law (En adelante ASIL) (1922), recoge las declaraciones del testigo Stiles donde señala: “[...] se movió en las filas mientras pasaba revista en la noche. Fue duramente reprendido por el Sargento Mayor Schubert. El acusado [Capitán Müller] vio el incidente y le gritó algo a Schubert, quien entonces derribó al prisionero con el puño.” (ASIL, 1922, p. 691)³⁹

³⁷ Es necesario mencionar que la idea de un tribunal internacional (tal y como los que se establecieron después de 1945) no se materializó. Los aliados renunciaron a su jurisdicción para el juzgamiento internacional a favor de un tribunal interno: La Corte de Leipzig. Ello debido a que el compromiso de los Estados para extraditar a los presuntos responsables de la comisión de crímenes contra la paz fue solo para el papel, un claro ejemplo de lo mencionado es la fallida extradición del Káiser Guillermo II y su asilo político en el Países Bajos bajo la protección de la Reina Guillermina.

³⁸ Se calcula que hubo un aproximado de 1000 prisioneros de guerra en el campo de Flavy-le-Martel.

³⁹ Traducción no oficial, cita textual: “[...] moved in the ranks while at evening roll-call. He was harshly rebuked by Sergeant- Major Schubert. The accused [Captain Müller] saw the incident and called out something to Schubert who thereupon knocked the prisoner down with his fist.”

En su defensa, el acusado refiere que delegó la responsabilidad de un sector del campo al Comandante de la I Compañía, puesto que no se encontraba presente debido a que estuvo bajo tratamiento médico de neurosis cardiaca y, para tales fines, dejó el campo de prisioneros el 5 de mayo y nunca regresó (ASIL, 1922, p.685).⁴⁰ Ahora bien, el Tribunal desestima dicha afirmación y argumenta, en cuanto al relato del testigo Stiles que: “Es de suponer que el acusado al menos toleró y aprobó este trato brutal, aunque no lo hiciera por sus órdenes” (ASIL, 1922, p. 691)⁴¹. La responsabilidad del Capitán Müller respecto a la protección de sus prisioneros se manifiesta en que éste no actuó conforme a los usos de guerra respecto a los maltratos que cometieron los miembros de su tropa, tampoco denunció tales efectos ni trató de remediarlos. Por ello, y otros crímenes probados, fue condenado a seis meses de prisión.

Cerca de veinte años después, ocurre uno de los casos de estudio más importantes dentro de la doctrina de la Responsabilidad de Mando en el contexto de la resistencia en Manila en 1945. El caso del General Tomoyuki Yamashita, gira en torno a la defensa de las Filipinas del intento de reconquista por parte de los aliados. Debido al panorama de la batalla, el General Yamashita trasladó su centro de operaciones a las montañas de Baguio —aproximadamente 250 km al norte de la capital—, ello a fin de organizarse y lograr una mayor dispersión de las tropas por toda la isla. Pese a los esfuerzos de la armada imperial, Manila fue sitiada por los Estados Unidos y no tardó en llegar la rendición definitiva. No obstante, en el transcurso de la batalla, se dio lugar una serie de abusos hacia la población civil siendo el episodio más representativo la Masacre de Manila en febrero de 1945⁴².

Se desconoce si el General Yamashita dio órdenes expresas de abandonar Manila cuando esta caiga o, por el contrario, ordenó morir para defenderla. Al respecto Ambos (1999) refiere que “[...] 1,600 soldados abandonaron la ciudad en enero de 1945 cuando el Estado Mayor Imperial los puso bajo las órdenes directas de Yamashita. Los 20, 000 hombres de la fuerza naval permanecieron en la ciudad” (p.530).⁴³ Lo cierto es que, los

⁴⁰ Traducción no oficial, cita textual: “[...] he needed treatment for neurosis of the heart. He left the camp on 5th May and never returned”

⁴¹ Traducción no oficial, cita textual: “It is to be assumed that the accused at least tolerated and approved of this brutal treatment, even if it was not done on his orders”

⁴² Al respecto, en un Informe de 135 páginas, el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente describe los horrores de la campaña en las Filipinas, además, calcula que murieron alrededor de 700,000 personas entre prisioneros, civiles y militares.

⁴³ Esta referencia puede ser ambivalente. Por un lado, los 1600 soldados pueden haber sido desertores — en la cosmovisión japonesa la rendición es una deshonra — o, efectivamente, los que siguieron las órdenes

crímenes cometidos por el Imperio de Japón en las Filipinas fueron sometidos a la jurisdicción del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente y las diversas comisiones militares que formaron los aliados. El General Yamashita fue acusado por no haber evacuado a sus tropas de la ocupación estadounidense en Manila y por los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados contra civiles en las Filipinas. La defensa del general japonés argumentó que “[...] no había pruebas que el acusado supiera de los delitos que se estaban cometiendo [...]”, además que, [...] la ofensiva contra los Estados Unidos y las actividades guerrilleras, habían impedido mantener una adecuada supervisión sobre los actos de tales tropas en las islas [...]” (The United Nations War Crimes Commission, 1948, p. 1)⁴⁴

Para la Comisión Militar de los Estados Unidos fue irrelevante que Yamashita no haya tenido un control efectivo sobre sus tropas, a pesar de que se encontraba kilómetros de distancia respecto a ellas, e interpuso una condena de muerte contra el general japonés. La defensa apeló dicha decisión ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y esta confirmó la sentencia. De acuerdo con Prévost (1992) “La teoría del tribunal fue que Yamashita era el comandante y, solamente por virtud de su posición, fue responsable por todos los actos cometidos por cualquiera de las tropas bajo su mando”⁴⁵ (p. 304). La Corte Suprema mencionó que no se tomaron las medidas apropiadas a su alcance para controlar la actuación de sus subordinados en el campo de batalla y que, el riesgo debió preverse como parte de una actuación responsable. Por dichos delitos el General Yamashita fue ahorcado en febrero de 1946.

En el contexto de la guerra de Vietnam (1955-1975), las fuerzas de ocupación de los Estados Unidos incurrieron en serias violaciones al derecho internacional humanitario como la comisión de crímenes de guerra. Estos fueron sometidos a la competencia de distintas cortes marciales en los Estados Unidos. Así, el Capitán Medina, a cargo de la Compañía C de la 20^o infantería del Ejército, fue investigado por

de evacuación de Yamashita. Por otro lado, los 20,000 restantes podrían ser un indicador de que no hubo tales comunicaciones o de desobediencia. Lo que se busca señalar es que puede ser entendido de diferentes maneras, ya que la orden no fue probada.

⁴⁴ Traducción no oficial, cita textual: “[...] there was no proof that the accused even knew of the offences which were being perpetrated [...] the United States military offensive and by guerrilla activities, had prevented him from maintaining any adequate overall supervision even over the acts of such troops in the islands [...]”

⁴⁵ Traducción no oficial, cita textual: “The tribunal’s theory was that Yamashita was the commander and, solely by virtue of his position, was responsible for all acts committed by any of the tropas under his command”

Responsabilidad de Mando en la *Masacre de My Lai*⁴⁶. Trial International (2016) acota en que la Fiscalía desarrolló la responsabilidad que tiene un comandante frente a las acciones de sus subordinados, así como las acciones para evitar o prevenir la comisión de los tales actos; no obstante, la Corte absolvió al Capitán Medina de todos los cargos.⁴⁷

El común denominador entre el General Yamashita y el Capitán Medina se encuentra en que ambos fueron procesados por los crímenes cometidos por sus subordinados bajo la modalidad de Responsabilidad de Mando para el derecho internacional. No obstante, la gran diferencia está en los resultados. Mientras que Yamashita fue condenado, Medina fue absuelto por todos los cargos. Ahora bien, como relata Ambos (1999) “[...] Medina —a diferencia de Yamashita, quien había alegado que la comunicación con sus tropas había sido cortada completamente— estuvo presente en la escena de los crímenes” (p.540). Esto quiere decir que, bajo la doctrina de la Responsabilidad de Mando se condenó a quien materialmente no estuvo presente en la escena de las masacres (no tuvo control efectivo), mientras que se absolvió a quien, pese a sí estar presente, no intervino para reprimir, sancionar o evitar los asesinatos en la comunidad de Pinkville en Vietnam.

Ahora bien, la capitulación de Alemania en mayo del 1945⁴⁸, llevó a los aliados a instaurar un Tribunal Militar Internacional para investigar los principales crímenes cometidos durante el nazismo. Mediante la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado⁴⁹ se llevaron a cabo la mayoría de procesos de juzgamiento en la posguerra. Bantekas (1999) recuerda *The Ministries Case*, el cual se basa en el poder de los Oficiales del Reich para oponerse o prevenir los crímenes de agresión y crímenes de guerra por parte del aparato de poder en el nazismo. (p. 574). Respecto a Ernst von Weizsäcker, la defensa alega desconocimiento en cuanto a la masacre a los judíos y el envío a los campos de concentración para su exterminio. El Tribunal hace énfasis en el poder de prevención que tienen los comandantes para prever los riesgos inmediatos de una operación, tal y como se vio en la sentencia a Yamashita, la implicancia de la omisión dentro de las responsabilidades de los comandantes.

⁴⁶ El 16 de marzo de 1968 se calcula que fueron asesinados entre 350 y 500 personas a manos del Ejército de los Estados Unidos.

⁴⁷ Para más información consultar web de Trial International en: <http://bit.ly/2fd99ai>

⁴⁸ Esta fecha es conmemorada como el “Día de la victoria de Europa” (también denominado V-Day) y se considera la rendición definitiva de la Alemania Nazi.

⁴⁹ Para más información consultar ley en: <http://bit.ly/2wjFfsl>

The Pohl Case, recogido en Nuremberg Military Tribunals (En adelante NMT) (1950), llevó a los tribunales a dieciocho oficiales de la SS-WVHA⁵⁰ acusados de conspiración para cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En mucho de los casos, el Tribunal Militar concluyó que el derecho de guerra impone una obligación determinada al oficial en posición de mando, “[...] una obligación afirmativa de tomar las medidas que estén bajo su alcance y apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos bajo su mando, para la prevención de actos que instituyen violaciones del derecho de la guerra” (NMT, 1950, Vol. IV, p. 1011). No obstante, dependiendo de la variable de participación del mando, varía el grado de responsabilidad. Tal es el caso de Tschentscher, comandante del batallón SS; absuelto por los crímenes cometidos por sus subordinados en la campaña del este en Polonia y Ucrania a razón de que “[...] dicha participación por parte de los subordinados no tuvo suficiente magnitud o duración para constituir una alerta para el demandado; por ende, darle una oportunidad de controlar estos actos”⁵¹ (NMT, 1950, Vol. IV, p. 1011). Cabría preguntarse los criterios para determinar una alerta o no dentro de los mandos.

Otro de los temas centrales que deja esta sentencia es la responsabilidad de los superiores no militares. Según Ambos (1999): “Fuera de la responsabilidad penal por omisión, la cual permaneció confinada a los superiores militares, los precedentes judiciales extendieron la doctrina a los superiores civiles” (p. 535). En el proceso de referencia, se investiga la participación de Karl Mummenthey, gerente de la empresa estatal *SS-owned Deutsche Erd und Steinwerke GmbH* (DEST), encargada de la producción de materiales de construcción con mano de obra de prisioneros de los campos de concentración, quienes fueron sometidos a trabajos forzosos y la política de exterminio a través del trabajo. En su calidad de administrador civil, fue condenado a cadena perpetua —pena que fue conmutada a 20 años de prisión— por crímenes de guerra, haber tolerado dichas condiciones de trabajo inhumano y no haber tomado las medidas necesarias para evitarlas.

La Responsabilidad del Superior también se recoge en *The Medical Case*, donde Oskar Schröder, jefe del Servicio Médico de la Luftwaffe, fue condenado por la comisión

⁵⁰ Denominación utilizada para la SS-Wirtschafts und Verwaltungshauptamt, la cual era la oficina de economía y finanzas, encargada de administrar los fondos de la institución, así como el mantenimiento de los campos de trabajo y de exterminio.

⁵¹ Traducción no oficial, cita textual: “[...] such participation by them was not of sufficient magnitude or duration to constitute notice to the defendant, and thus give him an opportunity to control their actions”

de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al respecto: “[...] Schroeder sabía que los experimentos de congelación en beneficio de la Luftwaffe fueron llevados a cabo en el Campo de Concentración de Dachau por oficiales médicos de la Luftwaffe”⁵² (NMT, 1950, Vol. II, p. 212), además, sabía que estos experimentos conducían a lesiones graves y la muerte en muchos casos. Adicionalmente, el Tribunal refiere que “[...] aprobó ciegamente la continuidad de la investigación sobre tifoidea [...], apoyó el programa y recibió informes de su progreso, sin dar ni un solo paso para determinar las circunstancias en las que se había o se estaba llevando [...]”⁵³ (NMT, Vol. II, p. 213). Así, se pone énfasis en que “[...] si se hubiera tomado la molestia de preguntar, él podría haber sabido de las muertes ocurridas como resultado de esos experimentos.”⁵⁴ (NMT, Vol. II, p. 212). En suma, se resalta su condición de jefe del servicio médico y, como tal, debió tomar conocimiento de los ensayos con seres humanos que se practicaban y, a pesar de ello, actuó en detrimento de las víctimas, tolerando dichas violaciones.

En suma, se ha desarrollado los postulados más importantes de la doctrina de la Responsabilidad de Mando, así como jurisprudencia internacional que la sustenta. Hemos mencionado que el caso Yamashita fue el punto de partida de la concepción moderna de la Responsabilidad de Mando, por lo que desde ese momento se recogió dicho estándar y se aplicó de manera progresiva —pero no uniforme— en los tribunales militares de la segunda guerra mundial⁵⁵. Además, fue pensada posteriormente para los tribunales *ad hoc* en África y los Balcanes a finales del XX, motivo por el cual, su desarrollo continuó a nivel doctrinario y casuístico, por lo que es necesario conocer dicho progreso.

2.1.2 Tribunales Penales Internacionales

a. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

La República Federal Socialista de Yugoslavia (1945-1992), compuesta por seis repúblicas: Bosnia & Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Serbia, Montenegro, Macedonia;

⁵² Traducción no oficial, cita textual: “[...] Schroeder knew of the fact that freezing experiments for the benefit of the Luftwaffe had been carried out at Dachau concentration camp by Luftwaffe medical officers”

⁵³ Traducción no oficial, cita textual: “[...] he blindly approved a continuation of typhus research [...] supported the program, and was furnished reports of its progress, without so much as taking one step to determine the circumstances under which the research had been or was being carried on [...]”

⁵⁴ Traducción no oficial, cita textual: “[...] and had he taken the trouble to inquire, he could have known that deaths had occurred as a result of these experiments”

⁵⁵ Además de los casos mencionados en materia de Responsabilidad de Mando, se destacan *The United States of America vs. List et al* (1948) (The Hostage Case) y *The United States of America vs. Von Leeb et al* (1947) (The High Command of the Wehrmacht).

dos regiones autónomas: Vojvodina y Kosovo; tres principales grupos: musulmanes, católicos y ortodoxos; dos alfabetos: latín y cirílico. Tras la muerte de Josip Broz Tito el 04 de mayo de 1980, la República Federal se desintegró. El conflicto dejó un saldo de 200,000 muertos producto de limpieza étnica y crímenes de guerra, entre otros delitos. Fue uno de los conflictos de mayor envergadura después de las dos guerras mundiales en Europa. Bajo ese contexto, el 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, estableció el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (En adelante ICTY por sus siglas en inglés) para juzgar a los criminales de guerra dentro del conflicto. Estos tribunales militares fueron uno de los pioneros en desarrollar la doctrina de la Responsabilidad de Mando, considerando dentro de su Estatuto:

“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 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.” (Estatuto ICTY, Art. 7 inciso 3)

Este articulado menciona la Responsabilidad de Mando en relación con los delitos cometidos por sus subordinados. Es decir, la responsabilidad de la conducta del superior sobre las personas bajo su cargo, a fin de que no infrinjan las disposiciones legales dentro del conflicto armado. Es por lo que el Estatuto hace referencia a Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949, como tortura, toma de civiles como rehenes, homicidio intencionado, entre otros (Art. 2 Estatuto ICTY), violaciones de las leyes o prácticas de guerra (Art. 3 Estatuto ICTY), genocidio (Art. 4 Estatuto ICTY) y crímenes contra la humanidad (Art. 5 Estatuto ICTY). Dichas instituciones jurídicas serán discutidas en los juicios a los presuntos responsables de los postulados referidos. Ahora bien, el Tribunal para la ex Yugoslavia se diferencia de los anteriores, puesto que no hay mayores cuestionamientos a la legalidad de los procesos, ya que existe un precedente desarrollado después de la Segunda Guerra Mundial en materia de derecho penal internacional.

Uno de los casos más célebres es *Prosecutor vs. Delalić et al.* (1998) (En adelante Caso Čelebići)⁵⁶ donde el tribunal procesa las torturas, agresiones sexuales, asesinatos y toda serie de tratos crueles, inhumanos y degradantes contra población serbobosnia en el municipio de Konjic. El confinamiento por parte de bosnios

⁵⁶ Caso IT-96-21.

musulmanes y bosnios croatas fue resultado de la toma de la comunidad de Čelebići (punto militarmente estratégico entre Mostar y Sarajevo). Los atacantes echaron a la fuerza a los habitantes de dicha comunidad y los confinaron en escuelas, fábricas y otros lugares. La Fiscalía acusa Zejnil Delalic, Zdravko Music y Hain Delis; por los crímenes cometidos por sus subordinados, respecto al artículo 7 numeral 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia⁵⁷. A razón del *Indictment* presentado por la Fiscalía de la ICTY (19 de marzo 1996) en el Caso Čelebići: los procesados “[...] sabían o tenían razones para saber que sus subordinados estaban maltratando a los detenidos y no tomaron las medidas necesarias y razonables para prevenir estos actos o para castigar a los autores.”⁵⁸

Ante la Acusación Fiscal, la defensa establece que, para probar la Responsabilidad de Mando, se debe considerar que el comandante tenía un conocimiento real de la situación de las infracciones al derecho internacional humanitario⁵⁹, dejando de lado el conocimiento presunto. No obstante, la Sala de Primera Instancia coincide con la Fiscalía en cuanto al conocimiento presunto, es decir, la importancia de tener que prever una determinada situación en relación con las fuerzas bajo su mando. El tribunal consideró como punto central dentro de su análisis al conocimiento presunto. Refirió que, un superior jerárquico, no puede ser ajeno a sus subordinados y la conducta, ya que de carecer de dicha información, sería en virtud de su incapacidad para supervisar adecuadamente a las personas bajo su mando.⁶⁰ Es decir, el Tribunal continúa en la línea de la jurisprudencia internacional y desarrolla el conocimiento efectivo y presunto de los mandos respecto a la conducta de sus subordinados.

⁵⁷ Artículo 7.3 “El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores”

⁵⁸ Traducción no oficial, cita textual: “[...] knew or had reason to know that their subordinates were mistreating detainees, and failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators.”

⁵⁹ Caso Čelebići (IT-96-21) sentencia del 16 de noviembre de 1998 §345

⁶⁰ Caso Čelebići (IT-96-21) sentencia del 16 de noviembre de 1998 §387

b. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Hacia 1994 ocurrió una de las mayores masacres en Ruanda. El conflicto étnico entre hutus y tutsis dejó cientos de miles de muertos; la tardía intervención de Naciones Unidas dentro del conflicto permitió que se continuó con la masacre y el derramamiento de sangre⁶¹, lo cual significó cifras exorbitantes de muertos y desaparecidos para los bandos enfrentados. Es por lo que, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante Resolución No. 955 de 1994, crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (En adelante ICTR por sus siglas en inglés), a fin de procesar a los “[...] presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario [...]” (párr. 1). A su vez, mediante el artículo 6 numeral 3 del Estatuto ICTR, se contempla la Responsabilidad de Mando jerárquico por omisión:

“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto hayan 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 dichos 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”⁶²

La institución de la Responsabilidad de Mando es de vital importancia dentro del Estatuto porque continúa con su aplicación (después del ICTY). Uno de los principales aportes se ven reflejados en el caso *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*⁶³, donde, al entonces *burgomaestre*⁶⁴ de la Comuna de Taba, fue procesado por genocidio y crímenes de lesa humanidad. El cargo de responsabilidad del superior en civiles no militares fue desestimado por el Tribunal. De acuerdo con este proceso: “[...] la evidencia apoya la conclusión de que existió una relación superior/subordinado entre el Acusado y los Interahamwe [...] [No obstante], el Tribunal aprecia que esta relación no ha sido alegada en la acusación [...]”⁶⁵ (Trial Chamber I, sentencia del 2 de septiembre de 1998).

⁶¹ Sobre el particular, el diplomático neozelandés Colin Keating, entonces presidente del Consejo de Seguridad en 1994 pidió disculpas a las víctimas por la inoperancia de las Naciones Unidas en el genocidio en Ruanda, en ocasión al 20 aniversario de las masacres en abril de 2014.

⁶² Traducción no oficial, cita textual: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.”

⁶³ Caso ICTR-96-4-T

⁶⁴ Es necesario precisar que las comunas fueron las encargadas de establecer el orden interno a través de las policías comunales, además de ejecutar las leyes comunales y la administración de justicia.

⁶⁵ Traducción no oficial, cita textual: “[...] the evidence supports a finding that a superior/subordinate relationship existed between the Accused and the Interahamwe [However] [...] the Tribunal notes that there is no allegation in the Indictment [...]”

La posición del Tribunal se basa en el principio de congruencia, donde el fallo de los jueces tiene que ser acorde a lo peticionado. Por lo tanto, el Tribunal no puede considerar Responsabilidad del Superior respecto a los presuntos crímenes cometidos por los *Interahamwe*⁶⁶.

c. Tribunales híbridos

Según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2008), los “[...] tribunales híbridos son definidos como cortes de composición y jurisdicción mixta, abarcando aspectos nacionales e internacionales, usualmente operando en la jurisdicción donde ocurrieron los crímenes.”⁶⁷ (p.1). Ahora bien, esta convergencia entre una agenda internacional y nacional se vio reflejada en diversos tribunales como, el Tribunal para el Líbano, Tribunal del distrito de Dili, Corte Especial para Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, el Kosovo, entre otros. De estos hitos, fueron muchos los que recogieron la Responsabilidad de Mando como parte de su estatuto y los crímenes de su competencia, por lo que merece recordar los más trascendentes.

El artículo 6.3 del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona contempla que: “El hecho de que alguno de los actos mencionados en los artículos 2 al 4 del presente estatuto fueran cometidos por un subordinado, no exime a su superior de responsabilidad penal [...]”⁶⁸. En esta situación, el estatuto contempla la Responsabilidad de Mando frente a los actos cometidos por subordinados, no obstante, esta responsabilidad se limita —al igual que con los tribunales de Ruanda y para la Ex Yugoslavia— a la condición de que el superior sabía o tenía motivos para saber que la persona bajo su mando había cometido o estaba a punto de cometer tales actos. La Corte, estima que “el superior no había tomado las medidas necesarias y razonables para impedir tales actos o para castigar a sus autores”⁶⁹, por lo que será igualmente responsable.

⁶⁶ Grupo paramilitar ruandés, formado por mayoría étnica Hutu, se crea con la finalidad de hacer ofensiva al FPR (Front patriotique rwandais).

⁶⁷ Traducción no oficial, cita textual: “Hybrid courts are defined as courts of mixed composition and jurisdiction, encompassing both national and international aspects, usually operating within the jurisdiction where the crimes occurred”

⁶⁸ Traducción no oficial, cita textual: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility [...]”.

⁶⁹ Traducción no oficial, cita textual: “The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior had failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof”

Por otro lado, bajo la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET por sus siglas en inglés) se crean los Paneles con Jurisdicción Exclusiva para Delitos Graves⁷⁰, donde se pretende procesar los crímenes más graves de trascendencia internacional que dejó más de 20 años de enfrentamiento entre Indonesia y la resistencia en Timor Oriental. Así, se tipificó la Responsabilidad de Mando dentro de los delitos más graves. De acuerdo con la sección 16 del Estatuto de los Paneles Especiales, “[...] el hecho de que alguna conducta a la que se refiere las mencionadas secciones 4 al 7 hayan sido cometidas por un subordinado, no exime a su superior de responsabilidad penal”⁷¹. Aquí, el estatuto se alinea a los estándares internacionales de protección de derechos humanos, recogiendo la responsabilidad por omisión para parte de un superior frente a sus subordinados. Ahora bien, esta responsabilidad, al igual que otros instrumentos internacionales, dependerá que el superior conozca o tenga motivos para sospechar que el subordinado haya cometido o esté a punto de cometer un crimen.

Mediante Resolución 1757-2007⁷², el Consejo de Seguridad responde a lo solicitud de la República Libanesa y constituye un tribunal de carácter internacional que tenga como finalidad procesar a los presuntos responsables del atentado contra el ex Primer Ministro libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. El Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano recoge como uno de los mecanismos de responsabilidad individual a la Responsabilidad de Mando. El artículo 3 numeral 2 de dicho instrumento jurídico considera que el mando es responsable por la conducta de sus subordinados, siempre y cuando éstos se encuentren bajo su autoridad y control efectivo. Ahora bien, algo importante es que dicho mecanismo recoge la protección establecida en la CPI, en relación con el conocimiento efectivo y presunto, así como las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión.

⁷⁰ Dicha institución se regula mediante Reglamento No. 2000/15 de la UNTAET del 06 de junio de 2000, Reglamento 2000/11 de la UNTAET del 6 de marzo de 2000; Resolución 1272 del Consejo de Seguridad, 25 de octubre de 1999.

⁷¹ Traducción no oficial, cita textual: “[...] the fact that any of the acts referred to in the said Sections 4 to 7 was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility”

⁷² Dicha resolución fue aprobada en el marco de la 5685ª Sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 30 de mayo de 2007. Para más información <http://bit.ly/2wjNxQR>

Así, lo desarrollado en los tribunales internacionales contemporáneos se puede resumir en el presente gráfico:

B. Cuadro 2: Tribunales Penales Internacionales

CRITERIO	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA	CORTE PENAL INTERNACIONAL	TRIBUNALES HÍBRIDOS		
				Paneles con Jurisdicción Exclusiva para Delitos Graves en Timor Oriental	Corte Especial para Sierra Leona	Tribunal Especial para el Líbano
Creación	1993	1994	1998	2000	2002	2007
Estatuto	Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993	Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998	Reglamento 2000/15 de la UNTAET, 6 de junio de 2002; Reglamento 2000/11 de la UNTAET, 6 de marzo de 2000; resolución 1272 del Consejo de Seguridad, 25 de octubre de 1999	Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, 16 de enero de 2002	Resolución 1757-2007 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 30 de mayo de 2007
Derecho aplicable	Derecho internacional humanitario	Derecho internacional humanitario	Estatuto de Roma/derecho internacional, inclusión del derecho humanitario y principios generales del derecho	Leyes de Timor Oriental / derecho internacional, incluso el humanitario	Derecho humanitario / derecho de Sierra Leona	Derecho internacional / derecho del Líbano
Responsabilidad del Superior	Artículo 7 numeral 3 del Estatuto	Artículo 6 numeral 3 del Estatuto	Artículo 28 del Estatuto	Sección 16 del Estatuto	Artículo 6 numeral 3 del Estatuto	Artículo 3 numeral 2 del Estatuto

Fuente: Bulinckx, N., & Geiss, R. (marzo de 2006) pp. 4-15, elaboración propia.

Por lo tanto, interesa enfatizar que el gran desarrollo de la doctrina de la Responsabilidad de Mando ha sido a mediados de siglo XX. Si bien es cierto, en un inicio no era de aplicación vinculante en los tribunales —ya que no se constituía como un precedente— empezó a tener trascendencia desde los juicios de Núremberg. Así, se fue institucionalizando en tribunales militares nacionales e internacionales. A su vez, el concepto tuvo más fuerza en los tribunales penales internacionales, en Ruanda, la ex Yugoslavia; así como en los tribunales híbridos reseñados anteriormente. Ahora bien, la cúspide de este desarrollo será en el Estatuto de Roma, que se constituye como el *non plus ultra* de esta teoría y del derecho penal internacional. El Estatuto de Roma se presenta como un mecanismo contra la impunidad y la promoción de la justicia. Hoy en día, diversos crímenes vienen siendo investigados, lo cual da muestra de esta institucionalización.

2.2 Estatuto de Roma y Responsabilidad de Mando

El Estatuto de Roma es el dispositivo jurídico que instituye a la CPI dentro del sistema de justicia de las Naciones Unidas. Este mecanismo se muestra como una jurisdicción penal complementaria para los Estados respecto a su competencia, por lo que urge mencionar esta jurisdicción a razón de la persona, materia, tiempo y lugar. En ese sentido, para su desarrollo es inevitable mencionar los principios generales del derecho

penal que recoge la Corte en el ejercicio de esta competencia. Así, en cuanto al derecho aplicable, el artículo 21 del Estatuto de Roma señala que la corte aplicará “[...] los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo” (literal C). De esta manera, se propone un desarrollo conjunto — para no acaparar una gran extensión de la investigación— de los principios en la competencia que ejerce la CPI.

2.2.1 Aspectos claves del Estatuto de Roma

a. Ratione Personae

A razón de su competencia por “persona”, la CPI “[...] estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional [...]” (Estatuto de Roma, artículo 1). En un primer momento no hace distinción respecto a las categorías de sujetos de derecho; no obstante, su competencia se limita a personas naturales conforme al artículo 25 de su Estatuto⁷³. Otro componente del derecho penal general es la exclusión de los menores de dieciocho años de la competencia de la CPI⁷⁴, este argumento gira en torno a la complementariedad y la potestad que tienen los Estados para procesar estas situaciones, unos de diferente manera que otros.

b. Ratione Materiae

La CPI tiene jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia internacional. Conforme al Estatuto de Roma, será competente para conocer: 1) El crimen de genocidio (Art. 6)⁷⁵, entendido como aquellos actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso 2) Los crímenes de lesa humanidad (Art. 7), como aquellos crímenes que, se realizan como parte

⁷³ Un dato importante es que uno de los pocos tribunales internacionales en la historia que juzgaron a las personas jurídicas, fueron los tribunales en Núremberg después de la capitulación de Alemania en 1945. Así, los entes procesados fueron: 1. Schutzstaffel (SS), 2. Geheime Staatspolizei (Gestapo) 3. Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei (Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán - NSDAP) (Partido Nazi), principalmente.

⁷⁴ Artículo 26 del Estatuto de Roma señala que: “La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”

⁷⁵ El neologismo de Genocidio aparece por primera vez en 1944 con la publicación del libro <<Axis Rule in Occupied Europe>> (El dominio del eje sobre la Europa ocupada) del jurista polaco Raphael Lemkin, que en el capítulo IX de su obra, expone las discusiones sobre el crimen del genocidio. El aparte del jurista polaco se convertiría en lo que más adelante sería la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque 3) Los crímenes de guerra (Art. 8), aquellos que representen Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales. 4) El crimen de agresión, entendido como el “[...] uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado” (Art. 8 bis. 2)⁷⁶

c. Ratione Temporis

La competencia por temporalidad se ve reflejada en tres principios fundamentales del derecho penal recogidos en el Estatuto de Roma. En primer lugar, se halla el *Principio de Irretroactividad*, que se refiere a dos aspectos dentro del Estatuto de Roma, por un lado, la acción de la corte, respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto⁷⁷ y la responsabilidad individual de una conducta anterior a la entrada en vigor del Estatuto.⁷⁸ En segundo lugar, el *principio de Nulla poena sine lege* recogido en el artículo 23 del Estatuto de Roma señala que: “Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto”. Finalmente, en cuanto al *Principio de Imprescriptibilidad*, el artículo 29 del Estatuto de Roma; a razón del mismo: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Es decir, ninguno de las cuatro tipificaciones abordadas en los párrafos precedentes es aplicable a la institución de la prescripción.

d. Ratione Loci

La competencia territorial de la CPI no es tan clara como las anteriores. A diferencia de competencia temporal, personal y material, no hay referencia en el Estatuto de Roma respecto a su jurisdicción territorial. Para Juan Marcel Fernandes (2008) “[...]”

⁷⁶ Antes de las enmiendas de Kampala en el 2010, el crimen de agresión no tenía ningún desarrollo dentro del Estatuto de Roma. Con la implementación del artículo 8 bis se logra un avance importante dentro del Derecho Internacional, ya que se obtiene una definición para crimen y acto de agresión, así como el ejercicio de la competencia para este. No obstante, las determinaciones de esos criterios siguen siendo muy espinosos, por ejemplo, las consideraciones del artículo 15 bis del Estatuto, respecto a la determinación de un acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad (artículo 39 Carta de Naciones Unidas) como pre requisito para una Investigación Fiscal.

⁷⁷ Artículo 11, numeral 1 del Estatuto de Roma: “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”

⁷⁸ Artículo 24, numeral 1 del Estatuto de Roma: “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”

la competencia Ratione Loci de la CPI es mundial” (p. 127), porque teóricamente se aplica para crímenes cometidos en todas partes del globo. Dicho catedrático podría estar en lo correcto, la CPI se creó con fines globalizantes para los Estados partes. Aplicando criterios más extensivos, el preámbulo del Estatuto de Roma resalta el carácter permanente, independiente y vinculado con el sistema de las Naciones Unidas.

Finalmente, se ha visto que el Estatuto de Roma contempla su competencia a razón de persona, materia, tiempo y lugar. Siendo la primera de ellas, respecto a personas naturales mayores de 18 años; la segunda para el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, el crimen de agresión; la tercera sobre la irretroactividad desde la entrada en vigor; por último, su aplicación universal. De la misma manera, se ha resaltado que los principios generales del derecho penal se encuentran recogidos en el ordenamiento jurídico internacional, tales como, irretroactividad, exclusión de menores de dieciocho años, imprescriptibilidad, entre otros.

2.2.2 Elementos de la Responsabilidad de Mando

El artículo 28 del Estatuto de Roma contempla que, sin perjuicio de otras formas de responsabilidad contempladas en el tratado, existen dos clases de Responsabilidad de Mando. La primera de ellas referida al apartado “a” del articulado, el cual consiste en la aplicación de la responsabilidad penal por omisión a las fuerzas militares. La segunda, respecto al apartado “b” del mismo artículo en cuanto a la responsabilidad penal por omisión para los no militares. En ambas situaciones se computa una relación jerárquica, es decir, de estamentos o categorías definidas dentro del patrón. No obstante, la diferencia se encuentra en la tipología del delito para cada una respecto al sujeto activo. Ahora bien, para efectos de la presente investigación, se profundizará en la Responsabilidad de Mando de los militares. En este sentido, según lo referido, el artículo 28, apartado “a”, señala que:

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

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

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

En el articulado citado se desprenden una serie de consideraciones que merecen ser abordadas a través de la relación de los siguientes elementos:

a. Mandos y subordinados

El artículo 28 apartado “a” del Estatuto de Roma inicia con el siguiente enunciado: “El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar [...]”. Aquí se presenta una apreciación importante, en primer lugar, lo evidente: la consideración de responsabilidad de mando por omisión, es decir la responsabilidad del alto mando frente a los actos de sus subordinados. En segundo lugar, que esta responsabilidad se configura para un mando De Iure (derecho) y De Facto (hecho). Es decir, no necesariamente tiene que ser responsable aquél que figura como superior en la cadena de mando (alto mando), sino que, también podría ser responsable quien tenga el control verdadero de la situación. Esta apreciación va ligada a que la comisión del delito por parte de los subordinados sea “[...] cometido por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo”. Kai Ambos (1999) señala que: “Ambos términos implican control: “mando” explícitamente como poder para controlar; “autoridad” implícitamente como derecho a mandar” (p. 573). Por consiguiente, un superior es aquél con mando y autoridad.

Por lo tanto, conviene entender la relación entre un superior y un subordinado de estas dos maneras. De acuerdo con la sentencia del 16 de noviembre de 1998 del *Caso Čelebići*: “[...] [los] sujetos en posición de autoridad, sean civiles o dentro de estructuras militares, pueden acarrear responsabilidad penal bajo la doctrina de la responsabilidad de mando sobre la base de sus posiciones de facto y de iure como superiores.”⁷⁹ (§742). Esta posición también se puede apreciar en la jurisprudencia posterior al caso a *Čelebići*, en el caso *Prosecutor vs. Tihomir Blaškić* (2000)⁸⁰ el tribunal considera que “[...] un comandante puede incurrir en responsabilidad penal por delitos cometidos por personas que no formalmente son sus subordinados (directos), en la medida en que ejerza un

⁷⁹ Traducción no oficial, cita textual: “[...] individuals in positions of authority, whether civilian or military structures, may incur criminal responsibility under the doctrine of command responsibility on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors”

⁸⁰ ICTY, Caso (IT-95-14-T), sentencia del 3 de marzo del 2000.

control efectivo sobre ellos”⁸¹(§301) y así, otros ejemplos que demuestran la existencia de esta relación de iure y de facto, por lo es menester revisar cada consideración.

El comando de iure devela el rango, más no la subordinación que pudieran tener los soldados frente al superior. En cambio, el comando de facto es quien maneja el control efectivo sobre las tropas. De acuerdo con el profesor Bantekas (1999), el comando de facto posee tres elementos fundamentales: en primer lugar, el poder de influencia; como devela “*Being feared by others and enforcing one's might over others*” (cursivas propias), es decir, ser temido por los demás e imponerse sobre el resto constituye, en lenguaje militar, la influencia que se ejerce dentro del grupo; en segundo lugar, la capacidad de dar órdenes, entendida como el ejercicio de la autoridad y como el hacer la voluntad del superior; finalmente, la distribución de tareas; esto como de quiebre del comando de facto, ya que muestra el poder de organizar y operar de determinada tarea. (pp. 581-584). Generalmente, el comando de iure y de facto suelen confluír dentro de las fuerzas armadas, no obstante, la diferencia entre ambos suele ser visible en los grupos no militares, cuando los líderes sobrepasan su poder de investidura.

b. Causalidad

Ahora bien, esta responsabilidad por omisión deberá ser “[...] en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”, es decir, el artículo 28 del Estatuto propone una condición *sine que non* para la responsabilidad del superior, la cual consiste en que, necesariamente, tiene que faltar un control adecuado sobre sus subordinados. De esta falta de vigilancia se desprende la responsabilidad del superior por omisión. De acuerdo con Thomas Weigend, citado por Cote-Barco (2016): “De cualquier manera, cuando se habla de «causalidad» como elemento de la responsabilidad del superior, se está queriendo decir que la falta de supervisión o control por parte del superior debe explicar en alguna medida la comisión de los crímenes” (p.67). Esto quiere decir que, se está frente a una relación causa-efecto, donde la falta de supervisión del superior frente a los crímenes de sus subordinados deviene en responsabilidad penal.

Ahora bien, el principal punto de discusión dentro de la doctrina sería en qué medida el superior debe responder por las acciones de sus subordinados. Frente a esta

⁸¹ Traducción no oficial, cita textual: “[...] a commander may incur criminal responsibility for crimes committed by persons who are not formally his (direct) subordinates, insofar as he exercises effective control over them”

situación, Cote-Barco (2016) señala que es posible enfrentarse a dos situaciones: La primera en cuanto a un estándar estricto, donde se pruebe que el cumplimiento del deber de supervisar habría evitado la comisión del delito.⁸² La segunda, en cuanto a la teoría de disminución del riesgo, la cual consiste en que, con una conducta diligente se apunta a la disminución de las consecuencias, no estrictamente a evitarlas. (p. 67). Así, los escenarios presentados son complejos. Por un lado, se tiene que probar que el superior, de haber cumplido con sus funciones, habría evitado la comisión de crímenes de sus subordinados, mientras que, por otro lado, que la conducta diligente habría disminuido el riesgo.

Al respecto, en el *Caso Čelebići (1998)*, el Tribunal descarta el postulado del *but for test*⁸³, señalando que “[...] la causalidad no ha sido tradicionalmente postulada como una *conditio sine qua non* para la imputación de responsabilidad penal a los superiores por no haber prevenido o castigar los delitos cometidos por sus subordinados”⁸⁴ (§398). La CPI, en el caso *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba*⁸⁵ señaló que: “El tribunal concuerda con la Cámara de Cuestiones Preliminares [...] que no requiere establecer una *conditio sine qua non* entre la omisión del comandante y los crímenes cometidos”⁸⁶ (§211). En ese sentido, la jurisprudencia internacional es de la opinión de no seguir un modelo estricto de *conditio sine qua non*, por el contrario, importa la disminución del riesgo dentro de su planteamiento.

Ambos (1999) señala que es empíricamente “[...] imposible decir lo que hubiera ocurrido, si el superior hubiera cumplido con el deber de supervisión. En otras palabras, la existencia de una relación de causalidad exacta entre el incumplimiento de supervisión y la comisión de los crímenes, puede sólo ser probada efectivamente *ex post*” (p. 577). Es sumamente complejo aplicar variables que determinen los resultados de la falta de supervisión de un superior frente a los crímenes de sus subordinados, es por lo que se toma en consideración la disminución del riesgo frente a la *conditio sine qua non*. De esta manera, la CPI⁸⁷ falla en que “[...] dicho estándar [*conditio sine qua non*] es, sin embargo,

⁸² Postulado también denominado como *conditio sine qua non* o *but for test*

⁸³ ICTY, Caso (IT-96-21), Sentencia del 16 de noviembre de 1998

⁸⁴ Traducción no oficial, cita textual: “[...] causation has not traditionally been postulated as a *conditio sine qua non* for the imposition of criminal liability on superiors for their failure to prevent or punish offences committed by their subordinates”

⁸⁵ CPI, Caso ICC-01/05-01/08 sentencia de fecha 21 de marzo de 2016

⁸⁶ Traducción no oficial, cita textual: “The Chamber concurs with the Pre-Trial Chamber [...] does not require the establishment of «but for» causation between the commander’s omission and the crimes committed”

⁸⁷ CPI, Caso ICC-01/05-01/08 sentencia de fecha 21 de marzo de 2016

más elevado que el requerido por la Ley”⁸⁸ (§213). Por lo tanto, el superior debe ser responsable por no adoptar una conducta diligente que conlleve a la disminución del riesgo en sus subordinados.

c. Hubiere sabido o hubiere debido saber.

Conforme al punto i) del apartado “a”, dentro del artículo 28 del Estatuto de Roma, se señala que un mando es responsable si “*hubiere sabido*”; esta afirmación se entiende como un conocimiento real, es decir, que el superior esté al tanto de los subordinados y sus crímenes, además que no hubiera reprimido esas conductas. EL Estatuto en su artículo 30 numeral 3 entiende por conocimiento a “[...] la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”. Lo recogido por el Estatuto es una respuesta al artículo 86 numeral 2 y 87 del I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (1977). En función de estas adendas se establecen ciertos presupuestos para el conocimiento del superior. Haber sabido de la actuación de sus subordinados implica una conciencia de la existencia de una circunstancia o la conciencia de que algo está ocurriendo. Bantekas (1999) señala que, a falta de pruebas directas que incriminen al superior, se puede realizar a través de pruebas circunstanciales. “Este conocimiento se logra a través de examinar rasgos llamativos de la actividad criminal subordinada y llegar a la inferencia de que el superior acusado es consciente de esos crímenes.”⁸⁹ (p. 588). Precisamente, el gran dilema de esta consideración es probar que el superior sabía de los crímenes de sus subordinados y, a pesar de ello, no hizo nada para reprimir esas conductas.

Por otro lado, el articulado *in commento* establece la Responsabilidad de Mando por “*hubiere debido saber*”. Es decir, se trata de un conocimiento presunto con proyección al futuro. El profesor Kiss (2016) señala que el estándar de *hubiere debido saber* “[...] corresponde la noción de imprudencia. En el delito imprudente, sea este cometido por acción u omisión, la persona no percibe un riesgo a pesar de que debió haberlo percibido.” (p. 63). Esto quiere decir que, se rige en función de la imprudencia, por no tomar las acciones pertinentes en el marco de sus funciones y contemplar la mayor parte de escenarios posibles en las operaciones bajo su cargo. Este razonamiento es en

⁸⁸ Traducción no oficial, cita textual: “[...] such a standard [*conditio sine qua non*] is, however, higher than that required by law”

⁸⁹ Traducción no oficial, cita textual: “This knowledge is arrived at through examining striking features of subordinate criminal activity and arriving at the inference that the superior who is accused was aware of those crimes.”

base al riesgo, basta con información general que lo indique. Así lo hizo saber ICTY en el *Caso Čelebići*, donde el Tribunal señala que: “Si, «tenía razones para saber» significa que el comandante tiene el deber de investigar más a fondo, en base a la información de carácter general con la que cuenta.”⁹⁰(§235). Cabe precisar que, esta información, se reafirma como general; ya que, el solo hecho de tenerla, induce al sentido común a investigar más. Al respecto, la ICTY en la sentencia del caso *Prosecutor vs Strugar*⁹¹ (2008) considera que la información “[...] puede ser de carácter general y no necesita contener detalles específicos sobre los actos ilícitos que se han cometido o están a punto de cometerse”⁹² (§298).

Por lo tanto, habiendo reseñado las consideraciones más importantes respecto a “*hubiere sabido*” y “*hubiere debido saber*”, se puede afirmar ambas dimensiones como el conocimiento actual y el conocimiento futuro; es decir, aquello que la superior toma conocimiento y no reprime y, aquello que el superior no prevé que pudiera ocurrir, pero debería haberlo previsto. El propio Estatuto de Roma define al conocimiento como real o futuro, a razón de que existe la conciencia de una circunstancia real o aquella que se pudiera producir. Así, dentro del ordenamiento jurídico internacional en materia de Responsabilidad de Mando, el presupuesto más relevante y discutido es el “*hubiere debido saber*”, ya que se extiende los deberes del superior al ámbito de la negligencia. Ahora bien, este conocimiento del superior tiene condicionantes que se establecen en líneas siguientes del artículo 28 del Estatuto como, la adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir, sancionar y controlar la conducta de sus subordinados.

d. No adoptar medidas necesarias y razonables.

El artículo 28 del Estatuto señala que un superior es penalmente responsable cuando no “*hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance*”. Esta aproximación plantea algunas interrogantes, por ejemplo: ¿es posible adoptar todas las medidas? Aun así, de haberlo hecho, ¿existe un estándar de razonabilidad?, esto es importante porque se deja en el plano de la subjetividad. No obstante, existen límites a la subjetividad y el actuar del superior frente a tales situaciones. Así, Fenrick, citado por

⁹⁰ Traducción no oficial, cita textual: “If «had reason to know» is interpreted to mean that a commander has a duty to inquire further, on the basis of information of a general nature he has in hand [...]”

⁹¹ Caso IT-01-42-T, sentencia del 31 de enero de 2005.

⁹² Traducción no oficial, cita textual: “[...] may be general in nature and does not need to contain specific details on the unlawful acts which have been or are about to be committed”

Ambos (1999), señala que el comandante debe actuar de acuerdo con los siguientes parámetros:

- “asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente instruidas en Derecho Internacional Humanitario
- asegurarse en debida forma de que se está cumpliendo el Derecho Internacional Humanitario en la ejecución de las decisiones operativas
- asegurarse de que un sistema efectivo de información sea establecido, de tal forma que él este informado de los incidentes cuando las infracciones al Derecho Internacional Humanitario hayan podido ocurrir
- controlar el sistema de información para asegurarse de su efectividad
- tomar las acciones correctivas cuando reciba información de que las infracciones van a ocurrir o han ocurrido.” (Ambos, 1999, p. 579)

Además, el articulado en cuestión señala cuatro supuestos en dos situaciones. La primera de ellas, en cuanto a la prevención, la cual se manifiesta cuando el comandante “sabía” de los crímenes cometidos por sus subordinados y no hizo nada para frenarlos⁹³ o, el comandante, “hubiere debido saber” (no sabía) sobre dichos crímenes. La segunda, frente a las medidas que pueda adoptar, es decir, si “sabía”, debió reprimir los crímenes ya sea castigando a sus subordinados o, denunciándolos ante la autoridad competente; por otro si “hubiere debido saber” —en cuanto a las circunstancias del momento— era necesario adoptar las medidas necesarias y razonables a su alcance para poner en conocimiento los crímenes de sus subordinados. De esto se desprende que jueguen roles centrales los conceptos de “impedir”, “reprimir” y “poner en conocimiento”.

Cote-Barco (2016) reseña de manera excepcional los supuestos antes referidos:

“Así, por ejemplo, en el caso de un superior militar es posible afirmar que este es responsable penalmente por no haber evitado la comisión de crímenes por parte de sus subordinados, a pesar de que sabía que estos crímenes se estaban cometiendo (situación 1), o debido a que, si bien no sabía, en todo caso “hubiere debido saber” (situación 2); o por no haber tomado las medidas necesarias para reprimir estos crímenes o informar a las autoridades competentes al respecto, estando al tanto de que estos crímenes se estaban cometiendo (situación 3), o sin estarlo pero bajo el entendido de que según las circunstancias del momento “hubiere debido” estarlo (situación 4).” (p. 69)

Aquí, existen cuatro elementos característicos que han sido desarrollados por la jurisprudencia, la doctrina y los diversos estatutos de los tribunales internacionales. En primer lugar, la relación entre un superior y un subordinado y la capacidad de mando que este tenga, de acuerdo con lo desarrollado, puede haber un comando de iure y un comando de facto dentro de esta relación. Luego, la responsabilidad penal del superior por los crímenes de sus subordinados tiene que estar de acorde a las obligaciones del superior y

⁹³ Es necesario mencionar que el Estatuto de Roma no sugiere el deber de castigar dentro de la represión, por el contrario, se queda solo en frenar los crímenes.

las acciones que tome para mitigar los daños. Además, el conocimiento del superior respecto a los crímenes de sus subordinados se ve en dos tiempos, el primero de ellos “hubiera sabido” y el segundo “hubiere debido saber”. A partir de estas situaciones es la que el superior tendrá que actuar, ya sea previniendo, sancionando o informando a sus superiores, según corresponda. De esta manera, se ha mencionado los supuestos de esta institución, su desarrollo dentro del derecho internacional consuetudinario y dogmático, para después, compararlo con lo desarrollado por el Nuevo Acuerdo en Colombia y las consideraciones de esta institución dentro del proceso de paz.

2.3 La doctrina de Responsabilidad de Mando en Colombia

La Responsabilidad de Mando en el Nuevo Acuerdo supondría la implementación por primera vez de esta institución dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Esto sería un paso importante frente a la lucha contra la impunidad con miras al posconflicto, puesto que tendría estándares de justicia internacional con los cuales procesar a los superiores por la conducta de sus subordinados. Ahora bien, el proceso de paz ha tenido una serie de sucesos que han llevado a las partes del acuerdo a negociar algunos puntos. Precisamente, uno de los cuáles es la doctrina de la Responsabilidad de Mando, que viene siendo un tema muy controvertido en la Jurisdicción Especial para la Paz. En ocasión a este contexto, Fatou Bensouda (21 de enero de 2017), en su calidad de Fiscal de la CPI, en un artículo para el Diario Semana señala que: “[...] la definición que adopten en última instancia los legisladores tendrá que ajustarse plenamente a la definición establecida en el Estatuto de Roma”. Por ello, en el presente apartado conviene analizar lo contemplado en el Nuevo Acuerdo respecto de los esquemas de justicia penal internacional desarrolladas líneas arriba.

2.3.1 La responsabilidad penal por omisión impropia: A propósito del artículo 25 del Código Penal en Colombia.

Existe una polémica acerca de que la Responsabilidad de Mando podría asociarse con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Penal colombiano⁹⁴. A raíz de

⁹⁴ “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

esta discusión resulta necesario hacer ciertas precisiones para distinguir las conductas determinadas en este articulado. La referida disposición regula dos conductas pasibles de sanción, por un lado, una conducta de acción; por otro lado, una conducta de omisión, las cuales pueden ser cometidas por el agente en sus diversas modalidades.

En cuanto a la acción, esta puede ser entendida a través de la comisión de un determinado delito. Para Welzel, citado por Roxin (1997) la finalidad de la acción se sustenta en “[...] “que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos” [...]” (p. 239). Ahora bien, el autor es responsable por la comisión del delito llevado a cabo por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Respecto a este último considerando, la responsabilidad penal de los altos mandos militares podría entenderse a través de la acción, tipificando la conducta como una autoría mediata por dominio de la organización, concepto que suele ser confundido con la Responsabilidad de Mando. Sobre el particular, Roxin (2006) establece que son cuatro los factores a los que se puede atribuir el dominio del hecho de los mandos militares. En primer lugar, sobre el poder de mando, respecto a la autoridad para dar órdenes. En segundo lugar, la desvinculación del aparato de poder sobre ordenamiento jurídico (fuera de la Ley). En tercer lugar, la fungibilidad del ejecutor inmediato, es decir, la persona que realiza el crimen puede ser reemplazable. Finalmente, la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor (propenso a cometer el crimen) (pp. 244-247)

La autoría mediata por dominio de organización es reconocida en la jurisprudencia internacional, siendo uno de los casos más emblemáticos la sentencia S/N de fecha 7 de abril de 2009 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú en el caso de Barrios Altos y La Cantuta, donde se condenó al ex presidente Alberto Fujimori

-
1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”

como autor mediato por la comisión de crímenes de lesa humanidad.⁹⁵ La principal tesis de la autoría mediata es la comisión por acción del autor detrás del autor inmediato, es decir, del mando militar que ordena, pero no ejecuta.

En cuanto a la doctrina de la Responsabilidad de Mando, se les imputa a los superiores el incumplimiento del deber, no la acción, sino la omisión. Así lo hace saber la sentencia referida en el párrafo anterior, cuando dilucida respecto el juicio de tipicidad aplicable al procesado Fujimori, señalando que la Responsabilidad de Mando es diferente de la autoría mediata por dominio de organización, ya que esta última siempre constituirá una acción que se traslada desde la orden del superior hasta la ejecución de la misma por parte de la persona designada para tales fines. (§744)

Así, habiendo identificado la Responsabilidad de Mando como una omisión, corresponde profundizar sobre ella. Muñoz Conde (1990) establece las clases de omisiones penalmente relevantes para el derecho. En primer lugar, la omisión pura o propia, que consiste en la punición respecto al deber de actuar, es decir, cuando se espera una actuación responsable frente a una determinada situación. En segundo lugar, la omisión impropia, también denominada comisión por omisión, es decir, no se hace lo que se debería hacer; no se encuentra tipificada y se entiende como un resultado prohibido (p. 31).

Si bien son tipos distintos, la omisión generalmente es entendida como el deber, la responsabilidad que uno debería tener frente a determinadas situaciones, una actuación esperada frente a ciertos escenarios. Hay que tener claro que, en la omisión propia “[...] se halla la vigencia de un principio solidarístico. En las otras [omisión impropia], se advierte [...] la existencia de una base funcional específica.” (Silva, 1986, p. 306). De esta manera, la omisión puede responder a la literalidad de la ley (socorro, denuncia, etc.) o a través de la interpretación de la misma en los términos mencionados.

A través del artículo 25 del Código Penal en Colombia se podría asociar la Responsabilidad de Mando como omisión impropia. Ello, fundamentalmente, a la

⁹⁵ De acuerdo con la Sala: “Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil” (§717)

posición de garante que desarrolla este articulado; ya sea porque el agente “tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido” (en este caso, los subordinados) o se constituya como garante de vigilancia de una posición riesgosa. Precisamente, esta confusión se constituye como punto de partida para la jurisprudencia en Colombia. Cabe recordar la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia SU-1184 del 13 de noviembre del 2001⁹⁶ mediante la cual, se dilucida, entre otras cosas, la jurisdicción (fuero penal ordinario o fuero penal militar) en los que debían ser juzgados los mandos del ejército que no realizaron las acciones adecuadas para impedir la masacre de 49 pobladores en Mapiripán, departamento de Meta.⁹⁷ En esta acción de tutela, la Corte desarrolla la posición de garante en dos situaciones. En primer lugar, expresa que “[...] en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando tiene el deber de tomar medidas especiales [...] para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales.” (§17). En segundo lugar, indica que “[...] se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República” (§17).

Esta sentencia es de vital importancia, puesto que desarrolla —erróneamente— la doctrina de Responsabilidad de Mando como una forma de omisión impropia. Si bien es cierto, pueden confluir algunos elementos entre el artículo 28 del Estatuto y el artículo 25 del Código como la posición del garante frente a sus subordinados, o las medidas que se toman para reprimir la comisión del delito. No obstante, mantiene más diferencias que semejanzas. De acuerdo con Cote-Barco (2016) la doctrina de la Responsabilidad de Mando no constituye una forma de omisión propia, tampoco se trata de una forma de omisión impropia. En ese sentido, “no cobijan las mismas hipótesis fácticas” entre el artículo 25 del Código Penal con el artículo 28 del Estatuto de Roma. (pp. 88-89). Ahora bien, esto debido a que ambos planteamientos no conducen a un mismo postulado. Por tanto:

En primer lugar, el artículo 25 del Código Penal responde a tipos penales por acción y por omisión. Cuando el Estatuto de Roma señala que es sancionable cuando el superior “no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance

⁹⁶ Para más información, consultar la sentencia en: <http://bit.ly/2x5Zucz>

⁹⁷ Sobre este caso existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia del 15 de septiembre de 2005 donde se determinó responsabilidad internacional del Estado colombiano por la muerte de 49 personas.

para prevenir o reprimir” la comisión del delito —es decir, que el superior no cumpla con sus deberes— el Código Penal lo entenderá como un delito culposo (deber jurídico de impedir un resultado). No obstante, como precisa Cote-Barco (2016): “Esto es especialmente delicado si se tiene en cuenta, como ya se mencionó, que la mayoría de tipos penales que están previstos en el CPC y que corresponden a crímenes internacionales no tienen modalidad culposa” Lo reseñado no sólo vicia la institución de la Responsabilidad de Mando, sino que contribuye con la impunidad los máximos responsables.

Aun así, esta insuficiencia del artículo 25 se ve reforzada con los artículos 415, 446, 417 y 441 correspondientes a la circunstancia de agravación punitiva del prevaricato, favorecimiento, abuso de autoridad por omisión de denuncia y su agravante, respectivamente. Estas instituciones se esfuerzan por extender el rango de aplicación de la omisión impropia dentro del Código Penal, no obstante, no son suficientes. Los niveles de protección del Estatuto de Roma son mayores a los referidos dentro del ordenamiento jurídico en Colombia. Ahora bien, un panorama diferente a la presunta protección del artículo 25 es lo dispuesto por el derecho comparado, en atención a ello, un ejemplo clave: Ley de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en Canadá⁹⁸, la cual considera a la Responsabilidad de Mando como un crimen autónomo en relación con los actos de los subordinados.

Lo referido en el artículo 25 y ss. del Código Penal, no responde a la institución de la Responsabilidad de Mando contemplada en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Los detractores de la justicia penal internacional refieren que el Estatuto es incompatible con el ordenamiento jurídico colombiano; en concreto, que no forma parte del bloque de constitucionalidad. Esta afirmación es imprecisa, puesto que, la Constitución Política de Colombia señala en su artículo 93 que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, prevalecen dentro del ordenamiento jurídico interno. Como ya se ha mencionado, el 5 de agosto de 2002 el Congreso ratifica la adhesión de Colombia al Estatuto de Roma, lo cual se materializa a través del Acto Legislativo 02 de 2001, la Ley 742 de 2002, entre otros instrumentos. Con ello, el Estatuto tiene plena vigencia para su aplicación en Colombia y debe ser aplicado íntegramente.⁹⁹

⁹⁸ Para más información, consultar la ley en: <http://bit.ly/2faPvZ1>

⁹⁹ Esta afirmación también se ve reflejada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias C-179 de 1994, C-290 de 2012, C-578 de 2002 entre otras.

2.3.2 Proceso de Paz, Nuevo Acuerdo y Responsabilidad de Mando

Durante más de cincuenta años de *conflicto armado no internacional*¹⁰⁰, la violencia ha sido la principal protagonista. Los diversos esfuerzos para la consecución de la paz dieron como resultado la firma del Acuerdo de Paz entre los bandos enfrentados. El sendero para este logro fue el resultado de cuantiosas negociaciones entre las partes del conflicto, llevando a su modificación en varias ocasiones, sobre todo en temas tan delicados como la justicia y reparación para las víctimas. Precisamente, la Responsabilidad de Mando tiene un rol importante dentro de estos temas. Existieron aproximadamente tres versiones respecto a la redacción definitiva del Nuevo Acuerdo. El Borrador Conjunto del 15 de diciembre de 2015, dio los primeros lineamientos esenciales de la JEP y sentó los compromisos esenciales del Estado para lograr la paz. Un segundo acercamiento, se puede identificar en el Acuerdo Final, rechazado mediante plebiscito del 2 de octubre de 2016. Finalmente, el Nuevo Acuerdo, aprobado por el Senado y la Cámara de Representantes a finales del 2016.

En cada versión se fue delimitando el concepto de Responsabilidad de Mando. El objetivo era adecuar dicha institución conforme a los estándares internacionales. No obstante, —como se verá más adelante— dicha institución se fue deteriorando a luz del acuerdo y perdiendo el rumbo en relación con lo realmente estipulado en el derecho internacional. Ahora bien, es cierto que la participación de los actores involucrados, así como de la sociedad civil, favoreció el encuentro de posiciones y enriqueció el debate en torno a al derecho a la justicia de las víctimas del conflicto. Además, el rechazo del Acuerdo Final exigió una discusión más profunda y un encuentro más cercano con la oposición, obligando al gobierno a considerar muchas de sus propuestas dentro del documento final. Sin embargo, la Responsabilidad de Mando en el Nuevo Acuerdo fue una de las cuestiones que tuvo poca convergencia y hasta el momento no tiene un rumbo realmente claro.

¹⁰⁰ De acuerdo con el Documento de Opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja (2008), los conflictos armados no internacionales son: “[...] enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado” (p. 6)

a. Responsabilidad de Mando en el Marco Jurídico para la Paz

Se conoce como Marco Jurídico para la Paz (en adelante MJP) al soporte legal para la transición del conflicto armado hacia la paz. Debido a su naturaleza, se suele llevar a cabo a través de reformas constitucionales. El MJP tiene como principal objetivo la búsqueda de “[...] un espacio constitucional para el desarrollo de una estrategia integral y coherente de justicia transicional que permita la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas y la transición hacia una paz estable y duradera”¹⁰¹ (Dirección de Justicia Transicional, 2016). El principio del MJP se remite al Acto Legislativo 1 de 2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional¹⁰². La importancia de esta norma radica en que en dicho Acto se materializan las conversaciones exploratorias entre las FARC-EP y el Gobierno, buscando terminar el conflicto armado interno y lograr una paz estable y duradera en Colombia.

Una de las primeras aproximaciones de la doctrina de la Responsabilidad de Mando, recae en la Sentencia C-579-13 del 28 de agosto de 2013 por la cual se incorpora el artículo 66 transitorio a la Constitución Política. En dicha sentencia la Corte analizó el concepto recogido en el Acto Legislativo 1 de 2012 respecto de “máximos responsables” del conflicto. (§8.2.3.).¹⁰³ A opinión de Ambos & Zuluaga (2014), la Corte incluye diferentes tipos de autoridad y no hace una distinción clara entre las mismas, lo cual expande la posibilidad de imputación penal y colisiona contra los principios básicos de autoría y participación (p.1). Aunque inexacta, esta primera aproximación que realiza la Corte Constitucional es importante, ya que se constituye un primer acercamiento en materia de Responsabilidad de Mando. No será hasta la radicación del Proyecto de Ley Estatutaria¹⁰⁴, donde el Congreso de la República discutirá las bases de la Jurisdicción Especial para la Paz y la Responsabilidad de Mando como una de sus instituciones.¹⁰⁵ Es decir, la Responsabilidad de Mando no tendrá una figura como tal hasta que la defina una

¹⁰¹ Para más información consultar la definición en: <http://bit.ly/2hn8Q9T>

¹⁰² Para más información consultar dicho Acto Legislativo en <http://bit.ly/2AKXOog>

¹⁰³ Para más información sobre la sentencia, consultar en <http://bit.ly/2hrG0tU>

¹⁰⁴ De acuerdo con el Artículo 144 de la Ley 5 de 1992 del 17 de junio de dicha fecha, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes, se señala que: “[...] El proyecto se entregará en original y dos copias, con su correspondiente exposición de motivos. De él se dejará constancia en la Secretaría y se radicará y clasificará por materia, autor, clase de proyecto y comisión que deba tramitarlo.”

¹⁰⁵ Cabe precisar que, de fecha 31 de julio de 2017, el gobierno de Juan Manuel Santos radicó ante el Senado el Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP. Aún está pendiente el debate de las cámaras legislativas, a fin de definir el futuro de dicha reglamentación. Sin duda alguna, es uno de los puntos más importantes dentro del Nuevo Acuerdo, por lo que su implementación es crucial.

Ley Estatutaria. Mientras tanto, los esfuerzos entre reforzar el acuerdo y flexibilizarlo siguen en juego y están por definirse en el último trimestre del año 2017.

Dicho proyecto hasta el momento se encuentra paralizado. Más de 100 artículos como propuesta y la falta de consenso de todas las fuerzas políticas parecen frenar la implementación de la mencionada Jurisdicción Especial para la Paz. Precisamente, el gran tema de discusión es la Responsabilidad de Mando en la Ley Estatutaria. En una entrevista a Hernán Penagos, ponente de la JEP, menciona que “Les interesa [a la Fuerza Pública] cómo se va a castigar la responsabilidad del mando en la JEP. Quieren que se mantengan los mismos criterios de responsabilidad que se definieron en ese acto legislativo.”¹⁰⁶ (Diario Semana, 25 de septiembre de 2017). Ahora bien, dependiendo de cómo se lleve el debate y la presión que ejerzan determinados grupos, la Ley Estatutaria podría implementarse conforme a los acuerdos que la anteceden o por lo estipulado en el Estatuto de Roma. Así, habiendo desarrollado esta parte de la discusión, conviene abordar dichas versiones.

b. Adaptaciones de la Responsabilidad de Mando en los acuerdos.

Mediante Borrador Conjunto de fecha 15 de diciembre de 2015 se recogía la Responsabilidad de Mando en los artículos 44¹⁰⁷ y 59¹⁰⁸. Estos apartados se constituyen como el documento base del Acuerdo de Paz en relación con la Responsabilidad de Mando, por lo que las reflexiones de la academia giran en torno a estos considerandos. Ahora bien, existieron algunas modificaciones desde el borrador hasta el Nuevo Acuerdo, por lo que resulta de especial interés mencionar las más relevantes, para lo cual se debe iniciar el análisis a tenor del artículo 44:

“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

¹⁰⁶ Para más información consultar la entrevista online en <http://bit.ly/2xGDj8L>

¹⁰⁷ Responsabilidad de mando para miembros de la fuerza pública

¹⁰⁸ Responsabilidad del superior para los integrantes de las FARC-EP que, a tenor de lo dispuesto en el Punto 59 del Borrador Conjunto de fecha 15 de diciembre de 2015 consiste: “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 Penal. El componente de justicia del SIVJNR 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.”

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”

En primer lugar, se establece que la Responsabilidad de Mando no debe basarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. Para Cote-Barco (2016) “[...] esta disposición ni agrega ni modifica nada frente al derecho penal vigente en Colombia o frente al DPI [derecho penal internacional]”. Esto es un punto importante porque configura una relación tanto de iure como de facto entre el superior y sus subordinados. Así, tanto para el borrador conjunto como para el Estatuto de Roma, los criterios serán los mismo en cuanto a esta oración. En segundo lugar, del análisis del articulado *in commento*, refiere que la Responsabilidad de Mando “[...] deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta [...]”, cuando en reiterada jurisprudencia de los tribunales internacionales (tal y como se ha mencionado en la presente investigación), señala que el control es sobre los subordinados, no es sobre la conducta. Human Rights Watch (21 de diciembre de 2015) señala que “Si bien el «control efectivo» es un elemento esencial de la responsabilidad de mando, en el derecho internacional el control se refiere a aquel ejercido sobre los subordinados, y no específicamente sobre el hecho ilícito”¹⁰⁹. Así, esta ambigüedad en la definición de “control efectivo” se convertirá en unos de los mayores argumentos de los críticos del contenido del Acuerdo.

Finalmente, en cuanto al “conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta”, la jurisprudencia internacional ha sido bastante enfática hasta el momento, señalando que no es necesaria la información a su disposición (conocimiento real), porque no es un condicionante de los deberes del superior, así solo bastaría que tuviera razones para saber, ya que, dada las circunstancias del momento, el superior tendría que tener dicho conocimiento sobre los crímenes que estaban cometiendo sus subordinados¹¹⁰. Esto da pie a la discusión sobre el denominado conocimiento inferido y las vertientes de “tuviera razones para saber” (*had reason to know*) y “hubiera debido saber” (*should have know*). No obstante, sea de esta manera o no, el Borrador Conjunto no establece ninguno de los dos, por el contrario, omite a ambos, ciñéndose exclusivamente en el conocimiento real

¹⁰⁹ Para más información consultar el Análisis de Human Rights Watch en: <http://bit.ly/2fHODnj>

¹¹⁰ Véase ICTY, Caso Čelebići (Caso IT-96-21), Sentencia de 16 de noviembre de 1998.

y las consideraciones sobre este. Con ello, existe más de un conocimiento inferido en el derecho internacional, el cual no sólo se limita al conocimiento real tal y como lo hace el documento de análisis.

Estos desatinos en la regulación de responsabilidad de mando en el Borrador Conjunto fueron plasmados en las diversas versiones del Acuerdo Final el cual fue sometido a consulta popular el 2 de octubre de 2016. Así, las falencias y puntos ambiguos en temas como la justicia y los derechos de las víctimas pasaron factura al primigenio acuerdo, lo que llevó al rechazo popular del mismo. Ello, obligó a los diversos frentes a renegociar lo pactado y diseñar lineamientos más completos en materia de justicia. De esta manera, el rediseño del Acuerdo Final fue un trabajo bastante arduo, contra el tiempo, donde los tiempos políticos se acortaban. Así, estas negociaciones llevaron a agregar un apartado vital, el mayor acercamiento del Acuerdo Final con el Derecho Penal Internacional, a razón¹¹¹:

“ [...]

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 lo indica el artículo 28 del Estatuto de Roma.” (Punto 44 y 59, Acuerdo Final versión 12 de noviembre de 2016)

Esta consideración no solo acercaba al Acuerdo a los estándares establecidos por la justicia internacional, sino que daba una definición de “control efectivo” como la capacidad de un superior de emitir órdenes y adoptar medidas disciplinarias. Además, de acuerdo con los estándares del Estatuto de Roma, definir el “control efectivo” en sus mismos términos, es decir, control sobre los subordinados. No obstante, en la elaboración del Nuevo Acuerdo, mediante Comunicado Conjunto # 07 del 24 de noviembre de 2016 se modifica estas consideraciones de la siguiente manera: “En la página 164 del Acuerdo Final, en el subpunto (sic) 5.1.2 en el numeral 59 se elimina la frase «tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma» y se reemplaza por «tal y como se establece en el derecho internacional» [...]” (§7) (ver Cuadro 3). Nótese que dicha modificación, en principio solo se aplicó para el punto 59 (Responsabilidad del Superior FARC-EP). Es decir, que el nivel de rigurosidad en materia de Responsabilidad de Mando era mucho más elevado para la Fuerza Pública que para la guerrilla, en el sentido que, para los primeros se aplicaba lo dispuesto por el Derecho Internacional (regulación general),

¹¹¹ Es necesaria establecer la precisión de que este apartado fue considerado tanto para miembros de la Fuerza Pública (§44, pp. 151-152) como para integrantes de las FARC-EP (§59, p. 164)

mientras que, para los segundos regía lo dispuesto en el Derecho Penal Internacional (regulación específica).

Hasta aquí, esta fe de erratas vulneró claramente el principio de igualdad entre las partes de un conflicto armado, ya que establece diferencias entre los miembros de las FARC-EP y la fuerza pública, cuando la situación jurídica de las partes no es determinante al momento de atribuir responsabilidades. Así, esta afirmación fue tomada muy en serio cuando se retira por completo del acuerdo la referencia al derecho penal internacional en el Punto 44 del Acuerdo (Nuevo Acuerdo, versión 24 de noviembre de 2016). Sin embargo, la alusión al derecho internacional en el punto 59 se mantiene solo para las FARC-EP. Es decir, queda una situación a la inversa: por un lado, se retira por completo la referencia al derecho penal internacional para la fuerza pública, mientras que, por otro lado, se deja a consideración del Derecho Internacional la Responsabilidad del Superior de las FARC-EP. Así, tenemos:

C. Cuadro 3: Evolución de la Responsabilidad de Mando en el proceso de paz

CRITERIOS	2015	2016		2016	
	15-Dic	24-Ago	12-Nov	24-Nov	24-Nov
	BORRADOR CONJUNTO	ACUERDO FINAL (I)	ACUERDO FINAL (II)	COMUNICADO CONJUNTO #7	NUEVO ACUERDO
En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción	✓	✓	✓	✓	✓
Control efectivo de la respectiva conducta	✓	✓	✓	✓	✓
Conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta	✓	✓	✓	✓	✓
Referencia al Derecho Internacional	X	X	X	Solo para las FARC-EP	Solo para las FARC-EP
Artículo 28 Estatuto de Roma	X	X	FARC-EP y Fuerza Pública	Solo para la Fuerza Pública	X

Fuente: Borrador Conjunto, Acuerdo Final versión 24.AGO.2016, Acuerdo Final versión 12.NOV.2016, Comunicado Conjunto # 7 y Nuevo Acuerdo; elaboración propia.

En resumen, son tres los criterios que se han mantenido desde el Borrador Conjunto hasta el Nuevo Acuerdo. Así, nos referimos a que, la Responsabilidad de Mando, en ningún caso podrá fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o el ámbito

de jurisdicción. Además, deberá fundarse en el control efectivo de la conducta y que el conocimiento tiene que basarse en la información a su disposición antes, durante y después de la misma. Sin embargo, como se ha reflejado, existen dudas en cuanto a las consideraciones de la Responsabilidad de Mando de acuerdo con el Estatuto de Roma y al Derecho Internacional, variando su contenido en reiteradas oportunidades dentro del proceso de paz.

Finalmente, el texto definitivo en materia de Responsabilidad de Mando no sufrirá mayores modificaciones hasta la promulgación del Acto Legislativo 1 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera; donde se desarrollan preceptos básicos en materia de Responsabilidad de Mando, los cuales se encuentran contenidos en el Artículo 24 de dicho cuerpo jurídico. A razón del mismo, el Acto Legislativo refiere que se aplicará el “[...] Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH [derecho internacional humanitario]” Así, surgen algunas reflexiones, en primer lugar, el orden de prelación de la aplicación normativa. Cómo podría aplicarse el Código Penal si no existe en éste un dispositivo que regule la Responsabilidad de Mando. La confusión en torno a la omisión impropia vuelve a estar presente en la consideración de esta institución. Por otro lado, es plausible la interpretación en base a los Convenios de Ginebra, también en lo que respecta a las reglas operacionales de la Fuerza Pública. Sin embargo, aún es necesario puntualizar las definiciones de “control efectivo” para no caer en ambigüedades.

Por ello el legislador incide en la importancia de dicha consideración y considera pertinente establecer cuatro condiciones concurrentes y demostrables que ayuden a identificar si existe mando y control efectivo del superior militar. En primer lugar, “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 [...]” (§24). Este apartado es importante, y reitera el discurso de que el “control efectivo” es sobre la conducta y no sobre los subordinados, algo que es abiertamente contrapuesto al derecho penal internacional, tal y como se ha desarrollado. Además, la Responsabilidad de Mando está

enfocada a los subordinados que actúan en una determinada jurisdicción y no sobre la jurisdicción en sí misma, tal y como lo ha demostrado la jurisprudencia de la CPI.

El segundo requisito hace referencia a la capacidad del superior. A razón, que “[...] el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir [...]”. Aquí se presentan dos tipos de capacidades, en primer lugar, la capacidad legal y la segunda la capacidad material. En este apartado “b” se establece una conjunción respecto a estos dos tipos de capacidades, es decir, que tiene que haber tanto capacidad legal como material. De acuerdo con la sentencia de fecha 21 de marzo de 2016 en el *caso Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*¹¹², se comprobó testimonialmente “[...] que Jean-Pierre Bemba, y no las autoridades de la CAR [República Centroafricana], tenía la autoridad primaria para decidir si sancionar a las tropas del MLC [Mouvement de libération du Congo] o lanzar una investigación relacionada con sus actividades [...]”¹¹³ (§447). En base a estas pruebas se corroboró que Bemba carecía de mandato legal en otro Estado, pero sí tenía el mando material sobre sus tropas. De esta manera, tal y como está redactado el Acto Legislativo, Bemba no hubiera sido responsable por crímenes de lesa humanidad, ya que carecía de mandato legal.

El tercer requisito menciona la “[...] capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente [...]” El tema central gira en torno al control que pudieran tener los superiores frente a los subordinados. Estas consideraciones se oponen a lo referido por el derecho penal internacional. Se ha analizado que, la relación entre superior y subordinado tiene dos manifestaciones: *de iure* y *de facto*. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico internacional se hace referencia al control de ambos, en cambio, en el apartado “c” del Artículo transitorio 24° sólo se habla de un control efectivo (*De Iure*), dejándose de lado la capacidad de hecho, es decir, aquello que prima sobre la realidad normativa. Ahora bien, es importante que se reconozca el control *de facto*, ya que son los parámetros para determinar responsabilidades.

El último requisito exigido por el Acto Legislativo se refiere a que “[...] el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la

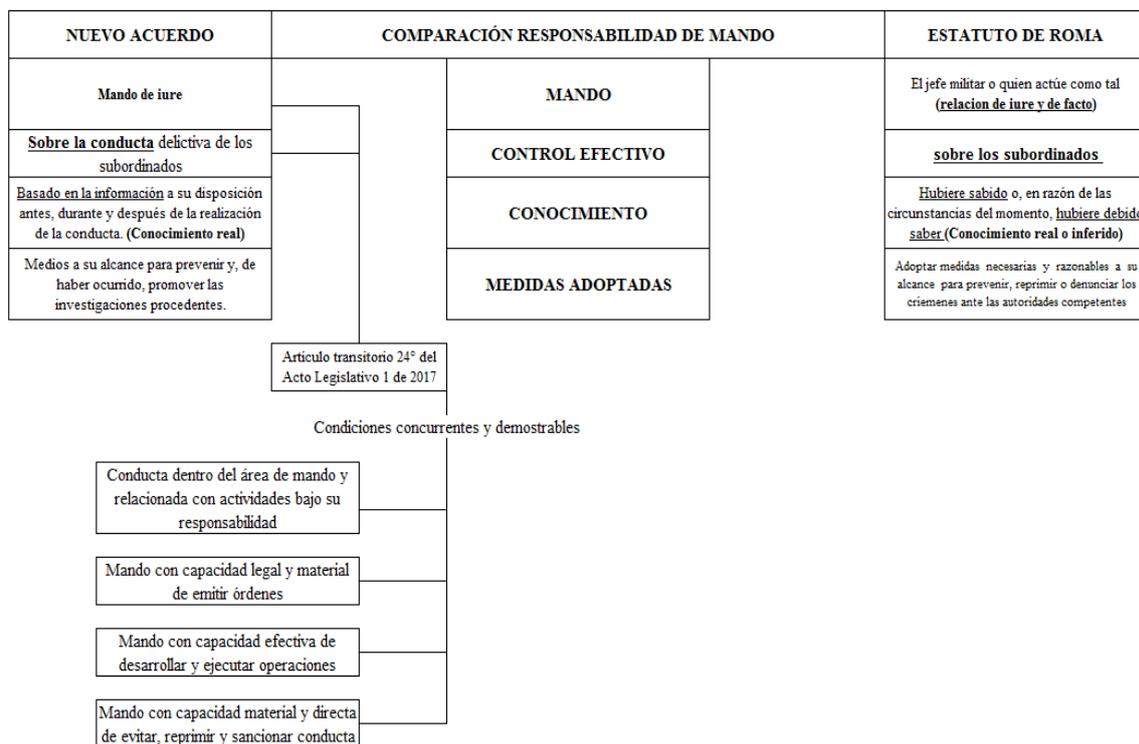
¹¹² ICC, Caso ICC-01/05-01/08, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo.

¹¹³ Traducción no oficial, cita textual: “[...] that Mr Bemba, not the CAR [Central African Republic] authorities, had primary authority to decide whether to sanction MLC [Mouvement de libération du Congo] troops or launch an investigation related to their activities [...]”

conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión” (§24). Human Rights Watch (25 de enero de 2017), en una carta dirigida al Representante Telésforo Pedraza Ortega de la Cámara de Representantes de Colombia, muestra su preocupación por la terminología que se viene utilizando en la implementación. Así señala que: “No está claro cuál es el significado de la palabra «actualizable» en este contexto, pero parece referirse al conocimiento de un comandante sobre un delito que ya ocurrió, y no al conocimiento presunto del comandante que «debió haber sabido» [...]”¹¹⁴ Ahora bien, de ser así, se estaría reafirmando el conocimiento real sobre el conocimiento inferido. Esto quiere decir que, no habría ningún cambio significativo que acerque dichas consideraciones con lo estipulado por el derecho penal internacional.

Así, tenemos lo siguiente:

D. Cuadro 4: Comparación de la Responsabilidad de Mando en el Nuevo Acuerdo y Estatuto de Roma



Fuente: Estatuto de Roma, Punto 44 del Nuevo Acuerdo, Artículo transitorio 24° del Acto Legislativo 1 de 2017; elaboración propia.

¹¹⁴ Para más información, consultar la Carta en <http://bit.ly/2xLH7Y9>

En esa línea, los requisitos que exige el Acto Legislativo en mención que sienta las bases de la JEP y lo que implica sus instituciones. “Estos elementos son buenos indicadores para ver si un superior tiene o no mando efectivo sobre sus subalternos. Pero la exigencia de que concurren esos cuatro requisitos formales y materiales para comprobar el control efectivo, distorsiona totalmente la regulación internacional” (Uprimny, 2017). Claro, ello puesto que el nivel de concurrencia que establece dicho Acto Legislativo no es un requisito dentro del ordenamiento jurídico internacional, ello debido a que hace súmamente complejo que se presenten a la vez, lo que dificulta la imputación de los altos mandos, derivando en impunidad de los mismos. Ahora bien, como se ha mencionado, la Responsabilidad de Mando dependerá de su implementación. En ese sentido, los diversos dispositivos trabajados tienen que desempeñar un rol decisivo en la lucha contra la impunidad de los máximos responsables, por lo que esto se decidirá conforme se vaya avanzando en la JEP.

CAPÍTULO III: JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ Y LOS FALSOS POSITIVOS: UN ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD DE MANDO

En este capítulo corresponde analizar la Responsabilidad de Mando en los Falsos Positivos a la luz de la JEP. En un primer momento se abordará el fenómeno de los Falsos Positivos en Colombia en el contexto de la Política de Seguridad Democrática (2002-2010). Enseguida, se analizará la consideración de los Falsos Positivos como crímenes de lesa humanidad y sus elementos constitutivos. En un segundo momento, estas ejecuciones extrajudiciales y su tratamiento en la JEP, abarcando el debate sobre si estos crímenes forman parte del conflicto armado o no, así como, el desarrollo de la Responsabilidad de Mando por Falsos Positivos. Finalmente, se planteará la opción sobre un posible proceso penal internacional y sus implicancias en la implementación del Nuevo Acuerdo.

3.1 El caso de los Falsos Positivos en Colombia.

Un contexto necesario para empezar a analizar el tema de los Falsos Positivos es hacer mención de sus orígenes: La Política de Seguridad Democrática. Dicho documento hace referencia a la estrategia integral antsubversiva que caracterizó a los gobiernos del ex presidente Álvaro Uribe Vélez. El “[...] equipo de Uribe [le asigna ese nombre] durante su campaña presidencial de 2002, y pronto se convirtió en la principal plataforma del candidato” (Cortés, D., Franco, M., Hincapié, L, & Vargas, J., 2012, pp.12-13). Esta política propone retomar el control del territorio que el Estado había perdido a manos de la guerrilla, mediante la lucha frontal contra las FARC-EP y otros grupos subversivos. Como resultado se obtuvieron logros como la disminución de la capacidad operativa de las guerrillas y el retroceso de la misma en sus zonas de influencia.

Además, cabe mencionar los reconocimientos de su aplicación como la *Operación Fénix*¹¹⁵, que acabó con la vida de Luis Edgar Devia (alias Raúl Reyes), uno de los altos mandos del secretariado de las FARC-EP. Además, es menester referirse a la *Operación Jaque*¹¹⁶, cuyo resultado fue la liberación de 15 secuestrados¹¹⁷ y la captura de los custodios Gerardo Aguilar (alias César) y Alexander Farfán (alias Enrique Gafas) miembros de la guerrilla de las FARC-EP. Además, otras operaciones de inteligencia que pusieron contra la pared a la guerrilla, así como operaciones militares que derivaron en la captura de muchos miembros de la misma. En resumidas cuentas, el Estado tomó el mando de la lucha contrasubversiva. La aplicación de la Política de Seguridad Democrática significó un duro golpe contra los grupos armados y la pacificación de muchos territorios convulsos en Colombia.

[...] la reducción en el accionar de las Farc y el ELN se registra no solamente en la ejecución de sabotajes contra la infraestructura del país, piraterías y asaltos a poblaciones, sino también en acciones dirigidas contra la Fuerza Pública, como hostigamientos, emboscadas y ataques contra las instalaciones del Ejército y la Policía” (Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, 2008, p.31)

La otra cara de la Política de Seguridad Democrática fueron los denominados Falsos Positivos. De conformidad con el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, “[...] podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas” (Artículo 3)¹¹⁸. No obstante, las Fuerzas Armadas no sólo hicieron uso de la fuerza contra civiles, sino que lo hicieron innecesaria y desmedidamente. Para Palencia (2011) la Política de Seguridad Democrática, como aparato para la defensa nacional, ha promovido que miembros del ejército cometan violaciones sistemáticas de derechos humanos, ello

¹¹⁵ La muerte de alias Raúl Reyes se dio en Ecuador. Existen diversas versiones sobre lo ocurrido en la región de Piñuña Blanco; sin embargo, de los hechos conocidos, se advierte que Raúl Reyes murió producto de un bombardeo de la Fuerza Aérea de Colombia en Ecuador. Las fuerzas armadas colombianas vulneraron la soberanía de este país al bombardear en territorio ajeno e ingresar a recuperar el cuerpo del ex comandante de la guerrilla. Estos hechos llevaron a una profunda crisis diplomática entre los gobiernos de Rafael Correa y Álvaro Uribe.

¹¹⁶ Esta operación de inteligencia se llevó a cabo el 02 de julio de 2008 y obtuvo esta denominación debido a la primera letra de dicho mes, además, en alusión a la posición de jaque del ajedrez en la que el rey se encuentra amenazado.

¹¹⁷ Las personas liberadas fueron: Thomas Howes, John Jairo Durán Tuay, Vianey Javier Rodríguez Porras, Armando Castellanos Gaona, Julio César Buitrago Cuesta, Amaón Flórez Pantoja, Marc Gonsalves, José Miguel Arteaga, Erasmo Romero Rodríguez, William Humberto Pérez Medina, Keith Stansell, José Ricardo Marulanda Valencia, Raimundo Malagón, Juan Carlos Bermeo e Ingrid Betancourt. Esta última, uno de casos más notables, por encontrarse en cautiverio por más de seis años.

¹¹⁸ Para más información consultar el Código de Conducta en: <http://bit.ly/2gwHluz>

debido al sustento institucional de represión contra la guerrilla y el apuro por conseguir resultados (p. 184).

Así, durante los años de aplicación de la Política de Seguridad Democrática la opinión pública estaba dividida. Por un lado, aquellos que la defendían, señalando las bondades de la misma, la confianza que generaba, apoyada en sus resultados y la exitosa campaña que hicieron las fuerzas del orden. Por otro lado, quienes denunciaban las violaciones al derecho internacional humanitario y la impunidad que se generaba en torno a los métodos utilizados. Lo cierto es que la violencia llegó a legitimarse a través de esta política y justamente una de sus manifestaciones fueron los casos de Falsos Positivos. Es en ese momento en que se produce un quiebre con el Estado, ya que estas políticas constituyen un tropiezo para la democracia y la sociedad en general. Aquí, cabría hacer la acotación de que esta política no fue concebida de la manera en que se dieron los hechos; sin embargo, fue cambiando a lo largo de su aplicación.

3.1.1 El fenómeno de los Falsos Positivos

Como ya se ha ido mencionando, un Falso Positivo es un civil asesinado generalmente a manos de la fuerza pública y presentado como guerrillero muerto en combate; es falso, puesto que realmente no es un combatiente, pero lo hacen pasar como uno (positivo). Estas prácticas, de acuerdo con el derecho internacional se denominan ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (En adelante ejecuciones extrajudiciales o Falsos Positivos). Consisten en que “[...] un agente perteneciente a los cuerpos de seguridad del Estado, de manera individual y en ejercicio de su cargo, priva arbitrariamente de la vida de una o más personas” (Henderson, 2006, p.287). La diferencia, principalmente —respecto a otros tipos de homicidio— radica en que el apoyo, aquiescencia, autorización u orden tiene origen en el aparato estatal.

Según datos del Centro de Investigación y Educación Popular (2009): “[...] las acciones [...] tienen tres móviles fundamentales: 1) persecución política, 2) intolerancia social y 3) el abuso o exceso de autoridad” (p.5). Con el Decreto 1400 de 2006¹¹⁹ se estableció la política de bonificaciones para operaciones de importancia militar. A partir de este momento las acciones militares viran al abuso de autoridad, a fin de obtener el

¹¹⁹ Comúnmente conocido como el “Decreto Boina”. Para más información consultar el Decreto 1400 de 2006 en: <http://bit.ly/2yvXrim>

mayor número de bonificaciones. Mónica Pachón (2009) refiere que existía un afán de reportar bajas de la guerrilla. Por ello, los miembros del ejército secuestraban jóvenes en las periferias urbanas, para luego asesinarlos y reportarlos como tales, todo con el fin de recibir estímulos como días de vacaciones o puntos para los ascensos. (p.335)

Ahora bien, son distintas las modalidades para conseguir “positivos”. Aunque, generalmente, las caracterizaciones se orientaban hacia gente de condición humilde, personas en búsqueda de trabajo, jóvenes, entre otros grupos objetivos. Para Philip Alston (31 de marzo de 2010):

“En algunos casos, un «reclutador» pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo. Una vez allí, las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez.” (p.8)¹²⁰

Mateo (2013) presenta el testimonio de María quien narra la metodología empleada por los autores de la muerte de su hijo:

“Pues, en el momento en que se lo fueron a llevar, sí me encontré con mi hijo menor y entonces él le mandó decir que se iba a trabajar para la costa, que no me preocupara y que él pronto regresaba [...]; pues me preocupé porque él nunca me había salido para lejos [...]; yo esa semana, pues le preguntaba a mi hijo Alejandro [...] que si había sabido algo de su hermano o que si había llamado

[...]

Pues mi hijo Víctor Fernando se desapareció el 23 de agosto del 2008 y apareció en Ocaña en 25 de agosto del 2008, y a mí me avisaron (o a mis hijos les avisaron) el 1 de septiembre del 2008. Yo salía del hospital La Samaritana el 2 de septiembre cuando mi segunda hija me dijo lo que había sucedido con mi hijo Víctor” (p. 37)

Así como María, son miles de víctimas con historias diferentes, pero con un patrón estándar, como puede ser el relatado a continuación:

“Luego de la ejecución los cuerpos de las víctimas son uniformados y cargados con implementos de guerra (armas, munición, explosivos, minas, entre otros) con el fin de reforzar la versión de un combate. El caso de la vereda El Brasil del municipio de San Luis, es muestra palpable de este tipo de práctica. En estos hechos, ocurridos el 2 de julio de 2004, los militares vistieron con un pantalón camuflado a una de las víctimas. Luego de la inspección judicial del cadáver se comprobó que el pantalón camuflado estaba limpio y sin orificios de proyectil, a pesar de que el cuerpo presentaba en la pierna izquierda una herida de bala a la altura del muslo y estaba ensangrentada” (Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos, 2007, p.36)

¹²⁰ Lo referido por el Relator Especial de las Naciones Unidas se puede verificar con el testimonio de un reclutador de víctimas en Ocaña, información recogida por el Diario Semana (21 de marzo de 2009) en: <http://bit.ly/2gu6ndB>

Además de recrear un combate, los militares se encargaban de obtener las pruebas de la escena para entregárselas a la Fiscalía. Una práctica que era frecuentemente utilizada por los soldados a fin de obtener los beneficios que pudieran dar el reporte de “positivos”. Al respecto, la Federación Internacional de Derechos Humanos & Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (2012) señala: “Las primeras diligencias sobre la escena del crimen eran realizadas por los mismos militares implicados en los hechos, que tomaban fotografías de las escenas simuladas una vez que se había producido el montaje” (p.19). Aquí se puede observar que hubo premeditación de las actividades realizadas por los soldados.

Esta forma de operar traslada a las víctimas con engaños a una zona distinta a su residencia, donde normalmente son ejecutados. Aquí hay múltiples explicaciones, la primera de ellas podría ser para continuar con el engaño del trabajo y que no sólo ellos lo creyesen, sino otros (futuras víctimas). Otra explicación podría fundarse en la preparación de la escena, es decir, llevar a las víctimas a zonas convulsas, donde haya presencia de la guerrilla para que, sea más creíble el argumento de baja en combate. Así, existen muchas otras formas de operación que utilizaban los miembros de la fuerza pública para sus bonificaciones, las mencionadas son unas de las tantas que existen e incluso, de las que continúan en investigación, ya que no es un tema cerrado.

Se maquillaron estadísticas, presentaron a los positivos como bajas que el gobierno de Uribe ocasionaba a la guerrilla. Estos datos sirvieron para legitimar el uso de la violencia. La Política de Seguridad Democrática se degeneró por completo; los miembros de la fuerza pública buscaron sus propios beneficios, asesinando civiles y presentándolos como bajas en combate. Presuntamente, algunas entidades del gobierno estén involucradas, militares y altos mandos. Así, es importante juzgar no solo a los autores inmediatos también a los que estuvieron detrás de las actuaciones, ya sea mediante una acción o por omisión de sus responsabilidades.

3.1.2 Falsos Positivos como crímenes de lesa humanidad

Los Falsos Positivos son ejecuciones extrajudiciales. Henderson (2006) precisa que las ejecuciones extrajudiciales pueden ser de dos maneras; por un lado, ejecuciones extrajudiciales aisladas cometidas por quienes pertenecen a los cuerpos de seguridad del Estado y ejecuciones extrajudiciales selectivas, donde el actuar responde a ciertos patrones diseñados por el Estado. (p. 288). Esta diferencia es de suma importancia, debido

a que evidencia el contraste entre conductas sistemáticas y no sistemáticas. Así, frente a conductas sistemáticas, generalizadas, con conocimiento del ataque¹²¹ y contra la población civil¹²², es posible encontrarse frente a dicho supuesto (Estatuto de Roma, Artículo 7). Por lo que, los Falsos Positivos podrían ser crímenes de lesa humanidad.

La noción de crímenes de lesa humanidad se encuentra presente, pero hasta aquí resultaría problemática, por lo que es necesario mencionar los elementos del Estatuto de Roma para conocer las dimensiones del fenómeno:

a. Ataque dirigido contra la población civil:

El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977; ayuda a distinguir quiénes son considerados como población civil:

“Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6) del III Convenio [Fuerzas Armadas, milicia, población de un territorio no ocupado, etc] y el artículo 43 del presente Protocolo [Fuerzas Armadas]. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.” (Artículo 50.1).

De esta manera, la legislación es taxativa al momento de considerar a una persona como civil o no. Se utiliza el principio *pro hominem* ante duda de la clasificación jurídica de la persona. Esta tutela varía y se aplica, en concreto, cuando una persona sea no militar, no miliciano, entre otros. Ahora bien, cuáles son las dimensiones del ataque. Al respecto, el Estatuto de Roma, mediante su artículo 7.2. entenderá como ataque contra la población civil “[...] una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Así, existe un ataque dirigido contra población civil cuando se cometan crímenes como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, tortura, etc. contra personas que no pertenezcan a las categorías descritas previamente.

¹²¹ De acuerdo con el artículo 30 inciso 3 del Estatuto de Roma, por conocimiento “[...] se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras <<a sabiendas>> y <<con conocimiento>> se entenderán en el mismo sentido”.

¹²² El artículo 50 inciso 1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977) señala que un civil es aquél que no pertenezca a las fuerzas armadas, la milicia o población de territorio ocupado.

b. Política de Estado o de Organización

En la línea del artículo 7.2.a del Estatuto de Roma, el ataque contra la población civil debe ser “[...] política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política [...]”. Así, conforme al Relator sobre Ejecuciones, extrajudiciales o sumarias, Philip Alston (31 de marzo de 2010):

“No he visto ninguna prueba que indique que la comisión de esos homicidios formara parte de una política oficial o hubiera sido ordenada por altos funcionarios del Gobierno. Sin embargo, recibí informes detallados y creíbles de ejecuciones de ese tipo en todo el país, cometidas en numerosos departamentos y por un gran número de unidades militares diferentes. De mis investigaciones se desprende claramente que los miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia han cometido un número considerable de ejecuciones ilegales y que el cuadro sistemático de falsos positivos se ha repetido en todo el país.” (p.9, párr. 14)

En el presente informe se colige que no podría identificarse una política de Estado como tal, ergo, que el planeamiento, la dirección y la organización de la misma, podrían no implicar la ejecución vertical desde un organismo superior hasta otro inferior, sino solo responder a niveles intermedios o inferiores. “Existe fundamento suficiente para creer que los actos descritos se cometieron conforme a una política adoptada al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas que constituye una política del Estado o de una organización para cometer esos crímenes.” (The Office of the Prosecutor, 2012, p. 4, §9). Esto no es condicionante para la calificación de política de Estado. De acuerdo con el caso *Prosecutor v. Blaskic*¹²³: “No debe concebirse, necesariamente, al más alto nivel de la maquinaria del Estado para determinar una política [...]” (§205)¹²⁴, esto es que, es posible que se determine una política a partir de los rangos intermedios.

c. Carácter generalizado o sistemático

Respecto a estos dos elementos, el carácter generalizado responde a la esfera cuantitativa, mientras que la sistematicidad a la esfera cualitativa. Tal y como desarrolla el Tribunal de Apelación en el caso *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*¹²⁵ “[...] el término «generalizado» hace referencia a la gran escala del ataque y al número de víctimas, mientras que «sistemático» consiste en la organización de los actos de violencia y la

¹²³ ICTY, Caso IT-95-14-T, sentencia del 3 de marzo del 2000.

¹²⁴ Traducción no oficial, cita textual: “Nor must the plan necessarily be conceived at the highest level of the State machinery [...]”

¹²⁵ ICTY, Caso IT-95-14/2-A, sentencia de segunda instancia del 17 de diciembre del 2004.

improbabilidad de que estos ocurran” (§94)¹²⁶. Es decir, no son sinónimos, tampoco un requerimiento conjuntivo (que se requiera ambos para su constitución), por el contrario, bastará con uno de ellos. Al respecto, el Tribunal de Apelación en el caso *Prosecutor v. Kunarac et. al.*¹²⁷, refiere que: “El Juzgado de Primera Instancia determinó correctamente que el ataque debe ser «generalizado» o «sistemático», esto es, que la obligación es disyuntiva en lugar de acumulativa” (§97)¹²⁸.

Así, de acuerdo con la Federación Internacional de Derechos Humanos & Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (2012), en los casos de Falsos Positivos, el ataque generalizado se refleja:

“Según las cifras del Observatorio de la CCEEU, entre 1996 y 2001, se le atribuyeron a la Fuerza Pública 664 ejecuciones extrajudiciales de civiles, que corresponden a un promedio de 132 personas cada año. Esa cifra pasó a ser más del cuádruple entre 2002 y 2008. En esos años en total, a la Fuerza Pública se le atribuyeron 3.345 ejecuciones extrajudiciales, es decir, más de 557 cada año.” (p.16)

Mientras que la sistematicidad se aprecia en los siguientes términos:

“En todos los casos de falsos positivos en Colombia, se pudieron identificar los mismos patrones de acción por parte de las unidades militares involucradas, a pesar de que los hechos ocurrieron en zonas a veces muy distantes las unas de las otras, y a pesar de que fueron perpetrados por unidades militares que respondían a comandantes diferentes (quienes reportan, sin embargo, al mismo comando central).” (p.18)

En esa línea, es advertible el patrón (sistematicidad) que existió en los Falsos Positivos. Se desarrolla una actuación estatal indiscriminada contra la población civil. Dentro de estos patrones se encuentra el perfil de la víctima; el modus operandi, es decir, la forma de actuación de la Fuerza Pública para captar al perfil de Falso Positivo. Mientras que el ataque generalizado se refleja mediante las cifras. Ahora bien, los datos mencionados líneas arriba no son definitivos. Hasta el día de hoy existe discrepancia sobre la magnitud real de los Falsos Positivos. Ello debido a distintos factores, por ejemplo, que las víctimas no han terminado de ser contabilizadas, debido a que muchas familias no han denunciado debido a represalias, o simplemente siguen buscando a sus miembros.

¹²⁶ Traducción no oficial, cita textual: “[...] the phrase <<widespread>> refers to the large-scale nature of the attack and the number of targeted persons, while the phrase <<systematic>> refers to the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence”

¹²⁷ ICTY, Caso IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de segunda instancia del 12 de junio de 2002

¹²⁸ Traducción no oficial, cita textual: “The Trial Chamber thus correctly found that the attack must be either <<widespread>> or <<systematic>>, that is, that the requirement is disjunctive rather than cumulative”

d. Conocimiento del ataque

Respecto a este elemento, se remite a la teoría del conocimiento desarrollada en la Responsabilidad de Mando. Básicamente, el conocimiento tiene que darse respecto a que el ataque fue dirigido contra la población civil. Es decir, se conocía que dichos crímenes fueron cometidos contra civiles y, pese a contar con dicha información, se cometieron. Aquí hay una diferenciación entre el conocimiento del superior y del subordinado, el subordinado es quien comete los crímenes de lesa humanidad y el superior, en su calidad de responsable de sus subordinados, quien omitió sus deberes para prevenir y sancionar dichos crímenes.

Estos elementos se vieron recogidos en la sentencia del caso de las Madres de Soacha. El Tribunal Superior de Cundinamarca ejecutó un fallo histórico al [...] declarar que los delitos investigados [...] son de lesa humanidad [...] (Periodismo Humano, 02 de agosto de 2013).¹²⁹. Así, estableció penas “[...] entre 52 y 54 años de cárcel y 3.500 salarios mínimos de multa” (Simón & Zapico, A., 2013)¹³⁰ para los responsables de la muerte de Fair Leonardo Porras Bernal. La importancia de esta sentencia radica, en primer lugar, porque es fruto del esfuerzo colectivo de las Madres de Soacha, la presión de la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos. En segundo lugar, esta sentencia quiebra las consideraciones de ejecuciones extrajudiciales como delitos comunes, sin ningún agravante y pone sobre el tapete la consideración de los Falsos Positivos como crímenes de lesa humanidad.¹³¹

3.2 Falsos Positivos en la Jurisdicción Especial para la Paz y la Responsabilidad de Mando.

Antes de desarrollar la JEP y los Falsos Positivos, conviene hacer mención del vaivén que han tenido estos casos ante la justicia. En un primer momento, la gran discusión giró en torno a lo siguiente: 1) Las ejecuciones extrajudiciales son crímenes derivados de las funciones militares o, 2) Las ejecuciones extrajudiciales son crímenes ordinarios que merecen investigación por el conducto regular. Los defensores del fuero

¹²⁹ Para más información revisar el extracto de la audiencia de juzgamiento (10:03) en: <http://bit.ly/2ij9BkY>

¹³⁰ Para más información consultar crónica en: <http://bit.ly/1jeVmcC>

¹³¹ Es necesario aclarar que se pretende dar un desarrollo exhaustivo de este debate, solo se ha abordado — preliminarmente— algunos puntos útiles para nuestra reflexión final. Ahora bien, la posición de la justicia respecto a los Falsos Positivos como crímenes de lesa humanidad no es unánime, por lo que da un escenario grande para la discusión.

militar indicaban que correspondía el tratamiento de los militares al amparo del Código Penal Militar, puesto que eran delitos relacionados al ejercicio de sus funciones. La otra posición sostenía que dichos crímenes debían ser juzgados por la justicia ordinaria a través del proceso penal acusatorio, regulado mediante la Ley 906 de 2004.

Los efectivos de la Fuerza Pública merecerían ser juzgados en la jurisdicción militar siempre y cuando los delitos cometidos se deriven directamente de la función militar. Así, el artículo 2 de la Ley 1407 de 2010, por la cual se expide el Código Penal Militar, señala que son delitos relacionados con la función militar “[...] aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado.”¹³² Como se ha visto en el apartado anterior, los denominados Falsos Positivos fueron ejecuciones extrajudiciales contra civiles que tenían poco o nada que ver con la guerrilla. No es aplicable el fuero militar en la distorsión de la labor de la Fuerza Pública.

De acuerdo con Alston (31 de marzo de 2010): “[...] los tribunales penales militares han remitido voluntariamente a los tribunales civiles un total de 526 casos. Otros 75 casos se remitieron en cumplimiento de órdenes del Consejo Supremo de la Judicatura.” (p.17). Pese a ello, continuaron las complejidades respecto a esta jurisdicción. Christof Heyns (15 de mayo de 2012) menciona que existen diversos informes que dan cuenta que “[...] los jueces militares que han intentado trasladar las investigaciones a la justicia ordinaria han sido objeto de represalias y presiones, y que se impide que los miembros de las fuerzas de seguridad acusados de participar en ejecuciones extrajudiciales confiesen su participación [...]”. Así, puede observarse las presiones existentes dentro de los procesos, por lo que, aun de ser competente el fuero militar, no garantizaría imparcialidad e independencia. De esta manera, se puede concluir que este fuero militar podría obstaculizar el juzgamiento de los militares involucrados en los crímenes de Falsos Positivos.

En declaraciones tomadas al entonces presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, “[...] tan solo el 25% ha quedado en manos de la justicia penal militar, es decir, solo 39 procesos. En 75% restante, es decir, en 114 casos,

¹³² Para más información consultar la Ley 1407 de 2010 en: <http://bit.ly/2dwEbH7>

fueron remitidos para el conocimiento de los jueces penales ordinarios”¹³³ (El Espectador, 3 de abril de 2013). Así, desde la fecha de conocimiento de los casos de Falsos Positivos, se propone una evaluación caso por caso, dependiendo si van al fuero ordinario o al fuero militar. Como se detalla en las estadísticas, la mayoría de estos casos fueron trasladados a la justicia ordinaria, donde se pensaba que el panorama sería distinto. Sin embargo, se enfrentaron a una serie de dificultades, como, la duración de los procesos. Se creía que iban a ser más expeditivos, pero continuaron las dilaciones debido a la sobrecarga de procesos en trámite en la Rama Judicial. Hasta la fecha, la mayoría de las investigaciones las sigue conociendo la justicia ordinaria, actualmente los datos son más alentadores que hace cuatro años, no obstante, se siguen presentando limitaciones.

Frente a este panorama se presenta la justicia transicional mediante la Jurisdicción Especial para la Paz, que genera una nueva discusión en cuantos a los Falsos Positivos en al JEP. Ahora bien, como se ha desarrollado en el primer capítulo, en esta jurisdicción tanto el procedimiento, así como las penas son distintas, por lo que acrecienta la discusión si los Falsos Positivos deben ser considerados en esta jurisdicción y cuáles serían estas consideraciones. Además, la salvaguarda del derecho a la justicia y las condenas apropiadas para los miembros de la fuerza pública involucrados. La sombra de la impunidad se encuentra presente para determinar si podría ser viable que las instituciones del SIVJNR conozcan las ejecuciones extrajudiciales y se imponga los beneficios propios del sistema.

3.2.1 Falsos Positivos en la Jurisdicción Especial para la Paz

Con la firma del Acuerdo de Paz y sus disposiciones de justicia transicional, surge otra confrontación. La discusión ha virado respecto de la calificación de los Falsos Positivos dentro de la JEP, así considerarlos como crímenes comunes o crímenes del conflicto armado. El Nuevo Acuerdo señala que el SIVJNR se aplicará a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado (p. 148). No cabe duda de que la Fuerza Pública fue un actor dentro del conflicto, por lo que correspondería que se acojan a la JEP. Así lo hace saber el Acto Legislativo No. 01 del 2017, donde ratifica la competencia de la JEP cuando los delitos sean “[...] por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado [...]” (Artículo transitorio 5°). Esta

¹³³ Para más información consultar el Diario El Espectador en: <http://bit.ly/2iIY2r0>

calificación es de vital importancia, puesto que dependerá de la misma para el conocimiento de estos casos ante las jurisdicciones pertinentes.

Por un lado, argumentar que los Falsos Positivos no deberían formar parte de la JEP, implica negar la relación de los hechos con el conflicto, en el sentido que, el accionar de la Fuerza Pública constituiría hechos aislados. Ahora bien, bajo este panorama, qué implicaría trasladar los Falsos Positivos a la justicia ordinaria. En primer lugar, someter a las ejecuciones extrajudiciales a un fuero común, donde la Fuerza Pública sea procesada bajo un procedimiento penal ordinario, arrastraría —inevitablemente—, con los vicios propios del sistema. Según datos del Consejo Superior de la Judicatura (2017): “Durante el año 2015 y 2016, el 61% de las audiencias se realizaron, mientras que el 3% fueron suspendidas y el 36% fueron canceladas o no se realizaron” (p.9).

Este dato es importante, en primer lugar, por el significado del sistema penal acusatorio en Colombia. Dentro de este modelo, las audiencias constituyen parte central del procedimiento, ello debido al principio de oralidad de la misma. Así, de conformidad con el artículo 145 de la Ley 906 de 2004, “todos los procedimientos de la actuación, tanto preprocesales como procesales, serán orales”. Así, en un modelo donde gran parte del proceso son orales y estos se manifiestan a través de las audiencias, el 39% de audiencias suspendidas o canceladas son datos que alarman. Ahora bien, lo cierto es que las causales para no llevarse a cabo son distintas, no obstante, sea por una u otra razón, es el riesgo que se corre dentro de la justicia ordinaria.

Por otro lado, la falta de coordinación entre las instituciones sigue siendo un problema serio. La poca pericia y la falta de institucionalidad en Colombia son factores determinantes para la coordinación entre los departamentos, así como con otras instituciones del Estado. Al respecto:

“[...] la coordinación interna y con otras instituciones sigue siendo un problema mayor para el funcionamiento de la Fiscalía. La falta de coordinación entre sus unidades, entre las unidades y los cuerpos de investigación judicial, y las fallas en sus sistemas de información sigue restándole eficacia a sus investigaciones. También las relaciones con otras instituciones han resultado problemáticas” (Comisión Nacional de Memoria Histórica, 2013, p. 231)

Por otro lado, hay aspectos destacables. En los últimos años, la justicia colombiana ha adoptado medidas tendientes a asegurar el derecho a la justicia de las víctimas, uno de los ejemplos más resaltantes es el fallo del Tribunal Superior de Cundinamarca respecto a las ejecuciones extrajudiciales en Soacha, la cual constituyó

una sentencia emblemática, puesto que sentó un precedente importante dentro de la jurisprudencia. A partir de allí, la justicia ordinaria ha ido condenando a los autores inmediatos, aunque, no necesariamente, haciendo la relación de Falsos Positivos con crímenes de lesa humanidad. En una entrevista realizada a José Miguel Vivanco, director de la División de las Américas de Human Rights Watch, menciona que:

“[...] la justicia ordinaria colombiana [...] ha hecho una labor realmente encomiable, hay más de mil trecientos agentes del Estado que están cumpliendo condena [...] por Falsos Positivos [...]; sin embargo, la gran interrogante es cuándo van a responder por estos delitos los mandos [...], [ya que] ninguno de ellos —hasta ahora— ha respondido por estos hechos [...].” (Arizmendi, 24 de octubre de 2017).¹³⁴

Esto de aquí también lo hace saber la Fiscalía de la CPI:

“Las autoridades colombianas han llevado a cabo un número significativo de investigaciones y enjuiciamientos contra miembros de rango medio y bajo del ejército colombiano. La información de que dispone la Fiscalía indica que, hasta febrero de 2016, los tribunales colombianos habían dictado 817 sentencias condenatorias contra 961 miembros de las fuerzas armadas, por casos de falsos positivos. A julio de 2016, la Fiscalía General de la Nación estaba investigando 2.241 casos de ejecuciones extrajudiciales por parte de las fuerzas armadas, por un total de 4.190 víctimas. Según las sentencias remitidas a la Fiscalía por las autoridades colombianas, desde 2012, dos coroneles, dos tenientes coroneles, doce mayores, ocho capitanes y veintinueve tenientes han sido condenados por este tipo de conducta.” (The Office of the Prosecutor, 2016, §243)

Este aparente estado de impunidad de los altos mandos, sumado a las degeneraciones de la aplicación de la justicia, como el intento por aplicar los fueros militares, la obstrucción de las investigaciones, entre otros supuestos; recogen intereses de por medio que intentan opacar la verdad y sepultarla. El derecho a la verdad como a la justicia son muy importantes y deben ser exigidos. En Colombia, son plausibles las acciones realizadas por la justicia en cuanto al juzgamiento de los autores inmediatos, no obstante, es importante también apuntar a los mandos militares a cargo de dicha operación y la responsabilidad que estos tenían a cargo de sus subordinados. Por otro lado, también es importante asegurar el derecho a la verdad, que no necesariamente lo proporcionan los subordinados, por el contrario, quienes estaban a cargo de las operaciones contra civiles y, como se ha reiterado, responder por la omisión de sus deberes.

Por otro lado, argumentar que los Falsos Positivos deberían formar parte de la JEP, implica reconocer que estos crímenes fueron cometidos en el contexto del conflicto armado. Ello, a razón de la relación directa que tienen los hechos con el conflicto. Como se analizó en apartados anteriores, los Falsos Positivos responden a una política de

¹³⁴ Para más información consultar la entrevista en: <http://bit.ly/2zNk0fI>

incentivos con la finalidad de conseguir bajas y reportarlas como muertes en combate. Así, esta actuación responde a la Política de Seguridad Democrática que sirvió como sustento para el enfrentamiento frontal entre la fuerza pública y la guerrilla. Si los Falsos Positivos fueran crímenes relacionados al conflicto armado significaría que podrían ser procesados en la JEP, con ello, someterlos a sus disposiciones y, en su calidad de crímenes de lesa humanidad, prohibir la amnistía, indulto u otros tratamientos especiales.

Precisamente, el Nuevo Acuerdo contempla ciertas garantías para el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, de conformidad con el Nuevo Acuerdo: “No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad [...]” (p. 151, §40). Este punto restringe cualquier amnistía, indulto u otro trato beneficioso para los crímenes de lesa humanidad. Además, complementa dicha restricción para las graves infracciones al derecho internacional humanitario como crímenes de guerra o genocidio. Esta restricción se ve respaldada con la Ley 1820 de 2016¹³⁵. De conformidad con el artículo 9 de esta ley: “Los agentes del Estado no recibirán amnistía ni indulto”, solo un tratamiento penal especial, diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo. El artículo 52 recuerda que estos beneficios se aplicarán siempre y cuando los hechos punibles sean “[...] por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado” y “que no se trate de delitos de lesa humanidad.”¹³⁶

Teniendo en cuenta esta ley, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Radicación 50301¹³⁷, mediante sentencia del 24 de julio de 2017, ha concedido la suspensión de las órdenes de captura de los procesados, aceptando que estos se sometan a las instituciones del SIVJRN y se les conceda los beneficios de libertad transitoria condicionada. Este fallo, no toma en cuenta que las ejecuciones extrajudiciales no pueden tener los beneficios de la JEP por constituirse crímenes de lesa humanidad. El colegiado

¹³⁵ Para más información consultar dicha ley en: <http://bit.ly/2hoiQAA>

¹³⁶ Otros de los considerandos del artículo 52 son: 3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz. 4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

¹³⁷ El caso versa respecto a las peticiones de suspensión de las órdenes de captura emitidas en contra de Rodrigo Galindo Herrera y Mauricio Cubillos Luna, en ocasión a la ejecución de sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que los declara coautores del delito de homicidio en persona protegida en agravio de José Néstor Rivera Gutiérrez, un humilde agricultor cafetalero, que se ganaba la vida en finca de la familia Piedrahita ubicada en la vereda Peñalosa del municipio de Gigante – Huila.

reconoce que “[...] se produjo el homicidio de José Néstor Rivera Gutiérrez, persona civil ajena a la contienda que no participaba en la misma ni hacía parte de ninguno de los extremos en disputa [...]” (p. 15). Por ello, menciona que estas acciones no merecen indultos ni amnistías, sin embargo, es viable que los procesados “[...] permanezcan en libertad mientras la Jurisdicción Especial para la Paz asume el conocimiento del caso [...]” (p.17)

Así como esta medida se han dado otras y no se hará esperar el efecto multiplicador de solicitudes de traspaso a la JEP, con el razonamiento de que someter las ejecuciones extrajudiciales a dicha jurisdicción constituye una medida temporal y no implica la claudicación de la justicia, por el contrario, se fundamenta en que la conducta de la fuerza pública se justifica en el contexto del conflicto armado. Ahora bien, este argumento es importante. Los Falsos Positivos son crímenes del conflicto armado, ya que su comisión fue con causa y ocasión del conflicto, debido a que se sustentó a la Política de Seguridad Democrática que legitimó a la fuerza pública para combatir frontalmente a la guerrilla a través de incentivos. No obstante, mientras no entre en funcionamiento la JEP, los Falsos Positivos no deben de ser traspasados, sino continuar por el conducto regular del procedimiento ordinario.

Así como este caso, se presentan muchos otros, por ejemplo, cuando el Noveno Juzgado de Garantías de Bogotá se declaró incompetente para conocer los procesos contra 12 militares investigados por Falsos Positivos, según su fundamento por corresponder a la JEP (El Espectador, 28 de marzo de 2017). Ahora bien, este desorden se corrobora con declaraciones como esta: “Han transcurrido 9 años sin que se hubiera podido adelantar este proceso y uno pregunta por qué no esperar un año más [...]” (Zuluaga 2017), estas declaraciones del magistrado permiten contextualizarnos que, por actitudes como las mencionadas, las víctimas no están conformes con que se conozcan los Falsos Positivos en la JEP, ya que los años invertidos en un proceso judicial se pueden ver perdidos

“Hasta ahora los militares han negado su responsabilidad. Basadas en ese hecho, las madres de las víctimas pidieron que la Justicia Especial para la Paz les niegue la entrada al coronel Rincón Amado y a sus hombres. « Permitir que este caso vaya al Tribunal de Paz sería un premio para los asesinos de mi hijo», dijo doña Idaly Garcerá, madre de Diego Tamayo.”¹³⁸ (El Tiempo, 3 de Abril de 2017)

Otro caso, la cancelación de la audiencia por el asesinato de Jaime Estiven

¹³⁸ Para más información consultar diario El Tiempo en: <http://bit.ly/2nysK2s>

“La audiencia en la que se hablaría del proceso por la muerte de Jaime Estiven fue cancelada bajo el argumento de que el caso debía ser examinado por la Justicia Especial para la Paz (JEP), anunciada en el proceso de paz con las FARC. Como si la desaparición de su hijo se hubiera dado en el marco del conflicto colombiano, como si su hijo, un adolescente estudiante, hubiera hecho parte de alguno de los bandos que por más de cincuenta años desangraron a un país. ¿Nueve años después me dicen eso? ¿mandan el proceso a un sistema que ni siquiera ha empezado a funcionar?” (Palomino, 2017)¹³⁹

Ahora bien, es importante mencionar que todas estas dificultades se vienen presentando debido a las solicitudes de los soldados involucrados en ejecuciones extrajudiciales para que sus casos sean conocidos por la JEP; son escasas las situaciones de altos mandos militares solicitantes¹⁴⁰, debido a que sus investigaciones primarias se encuentran paralizadas o que aún no rinden cuentas ante la justicia. Quizá lo que realmente esté en juego sea el honor de las Fuerzas Armadas, el espíritu victorioso de la institución y todo lo que representa los más de 50 años combatiendo grupos alzados en armas, no obstante, en el enfoque de justicia transicional no hay vencedores ni vencidos, sino partes que llegan a un acuerdo sobre el fin del conflicto.

Ahora bien, en caso de que los altos mandos se sometan a estos beneficios, conviene hacer una reflexión final sobre los mismos. Todos estos beneficios se dan en base a supuestos, sin normas definidas y sin una investigación previa. Además, se vulneran las restricciones en cuanto a las ejecuciones extrajudiciales en la JEP y demás. Este es el tipo de incertidumbre que se genera en torno al SIVJRNR, puesto que aún no ha iniciado, pero ya se viene implementando, como es el caso de estos fallos o la elección de los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz¹⁴¹. Aquí, se muestra una clara confusión en los aplicadores del derecho, pero no sólo de ellos, también de los propios legisladores que se ven presionados por los tiempos del *Fast Track*¹⁴², ya que este mecanismo está a punto de llegar a su fin¹⁴³ y, aún no se implementado la Ley Estatutaria

¹³⁹ Para más información consultar diario El País en: <http://bit.ly/2zXBwhX>

¹⁴⁰ Uno de los hitos es el proceso seguido contra el General (r) Henry Torres Escalante, investigado por su participación en las ejecuciones extrajudiciales en el Departamento de Casanare, quien desde agosto de 2017 quedó en libertad condicionada por someter su proceso a la JEP. Para más información consultar diario El Espectador en: <http://bit.ly/2hCjbiT>

¹⁴¹ Para más información consultar la Revista Semana en: <http://bit.ly/2y5WqxE>

¹⁴² Es un mecanismo que reduce los tiempos parlamentarios en la promulgación de leyes y reformas constitucionales relevantes para el proceso de paz. Dicha vía rápida emana del Acto Legislativo 1-2016, que fue avalado por la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁴³ Esta afirmación se encuentra relacionada en base a los tiempos originales del “Fast Track”, sin perjuicio de ello, mediante comunicación formal del Gobierno nacional ante el Congreso de la República se puede solicitar la prórroga por seis meses más contemplada en el Artículo 1 Transitorio del Acto Legislativo No. 01-2016. La Revista Semana (25 de octubre de 2017), señala: “La famosa <<vía rápida>> ha generado una fuerte polémica frente a si la fecha de caducidad es el 30 de noviembre o a finalizar el último mes del año. Sobre esta fecha existe un problema de interpretación.” Consultar: <http://bit.ly/2yO3UVI>

de la JEP. Además, de aproximarse el receso legislativo y las elecciones parlamentarias. La propuesta de la JEP es importante para principios como la verdad y la reparación.

3.2.2 Responsabilidad de Mando por Falsos Positivos en la JEP

El derecho internacional prevé la posibilidad de procesar a los mandos presuntamente responsables por los crímenes de sus subordinados. Existen un buen número de casos potencialmente importantes para la CPI. La definición de Responsabilidad de Mando que recogería la Ley Estatutaria de la JEP podría contener los mismos vicios que el Acto Legislativo 1 de 2017, lo cual supondría una intervención de la CPI ante la falta de garantías del derecho a la justicia. Por otro lado, los casos de Falsos Positivos; los cuales han supuesto innumerables comunicaciones de la Fiscalía con el gobierno, siendo un tema bastante complejo hasta el día de hoy. Por esos motivos, la Fiscalía continúa fiscalizando las instituciones del proceso de paz y el tratamiento de las ejecuciones extrajudiciales. De este modo, un superior puede ser responsable por los hechos de Falsos Positivos cometidos por sus subordinados, a razón de no haber ejercido un control apropiado sobre los mismos si es que hubiere sabido o, debido a las circunstancias, hubiere debido saber de lo ocurrido.

Así, es importante determinar el rol de los altos mandos dentro de la comisión de ejecuciones extrajudiciales en Colombia. En ese sentido, el objeto de reflexión será en torno a la Responsabilidad de Mando, la Jurisdicción Especial para la Paz y los Falsos Positivos. Como se verá, guardan una relación importante en materia de justicia y derecho de las víctimas. De acuerdo con lo mencionado en apartados anteriores, la fuerza pública realizó ejecuciones extrajudiciales contra población civil con el fin de obtener reconocimientos. La JEP podría favorecer el escenario de impunidad de acuerdo con las consideraciones de Responsabilidad del Mando que recoge. No obstante, los deberes del superior tiene que reflexionarse a partir del derecho internacional en cuanto a relación de subordinación, control efectivo de los subordinados, adopción de medidas necesarias y razonables y haber sabido o deber habido saber.

El conocimiento puede demostrarse mediante evidencia directa o circunstancial. La primera como documentos, archivos, etc. La segunda en relación con los hechos y el modus operandi. En el caso *Prosecutor vs. Kordić & Čerkez*¹⁴⁴ se señala que la evidencia

¹⁴⁴ ICTY, Caso (IT-95-14/2), sentencia del 26 de febrero del 2001.

circunstancial es la que permite inferir Responsabilidad de Mando respecto al “debió haber sabido”. Para ello, se tendrá que tomar en cuenta el alcance de los crímenes, la logística, la ubicación geográfica y demás. (§427). Así, las ejecuciones extrajudiciales se estuvieron presentes durante años y, es poco probable, que las irregularidades no se conocieran. “Todos los falsos positivos fueron informados oficialmente a comandantes de unidades tácticas, brigadas y divisiones como muertes en combate, y las circunstancias frecuentemente poco verosímiles de los incidentes informados sugieren que estos deberían haber detectado irregularidades.” (Human Rights Watch, 2015, pp. 24-25)

Aquí es posible enfrentarse a un escenario particular que obliga a determinar el rango de conocimiento. En primer lugar, una política de Estado u organización no implica —necesariamente— que el sistema responda a los altos mandos por lo que habría que hacer la distinción sobre los comandantes de brigadas, de división y los generales. Siendo esto así —al menos en las brigadas— existiría una responsabilidad de mando por acción, donde los mandos podrían haber ordenado a los subordinados las ejecuciones extrajudiciales de civiles. Ahora bien, el problema surge en la atribución de responsabilidad para los mandos intermedios y altos. Dependiendo de las circunstancias, también cabría el proceso por omisión, en cuanto a los comandantes por haber sabido y no adoptar medidas necesarias y razonables para frenar las vulneraciones o, porque no sabía, pero debió haber sabido sobre los Falsos Positivos.

Para el Movimiento de Reconciliación (FOR) & Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (CCEEU) (2014): “En 2007, al menos una ejecución fue atribuida directamente a 99 de 219 batallones de combate del ejército y brigadas móviles; mientras que al menos una ejecución fue atribuida directamente a 23 de las 33 brigadas del ejército.” (pp.73-74). Eso quiere decir que los batallones (inmersos en las brigadas), se les atribuye casi la mitad de ejecuciones extrajudiciales. Ahora bien, no todos los batallones ni todas las brigadas han participado, por lo que podría haber la posibilidad de alegar desconocimiento no solo por parte de los mandos intermedios, sino también de los mandos superiores. Es muy subjetivo afirmar sobre una impericia completa, los datos arrojan que no todas las brigadas ni batallones estaban involucrados, por lo que es real la posibilidad de la omisión del deber en el superior.

Las “[...] víctimas de los falsos positivos en Huila y Caquetá denunciaron en enero de 2014 que mientras Lasprilla fue comandante de la Novena Brigada del Ejército

en el año 2007, dos de los batallones adscritos a esa brigada cometieron 54 falsos positivos que dejaron 104 víctimas [...] (La Silla Vacía, 13 de julio de 2016). En declaraciones para Noticias Uno Colombia (21 de junio de 2014), el entonces comandante del Ejército Gral. Lasprilla menciona: “[...] yo ordené 48 investigaciones disciplinarias y de ese resultado de siete años de investigación solamente hay la condena de un soldado.”¹⁴⁵ Bajo la óptica de la Responsabilidad de Mando, las investigaciones constituyen medidas necesarias tendientes a conocer los hechos mencionados. Ahora bien, la razonabilidad de estas medidas dependerá de cómo se llevó a cabo o si es que podría haber otra medida con mayor efectividad. Esto depende de su reconocimiento como ejecuciones extrajudiciales; sin embargo, se siguen considerando muertes en desarrollo de operaciones militares.

Además, existen testimonios que señalan la posible responsabilidad de mandos superiores a los de nivel brigada. En dichos casos, los patrones de ejecuciones extrajudiciales, tales como autorización de movimiento de tropas, pagos, premios, recompensas, etc.; muestran que no solamente comandantes de rango intermedio deben responder por los Falsos Positivos, también los altos mandos. A pesar de lo expuesto, en Colombia se propone hacer caso omiso a las consideraciones del derecho internacional y proponer el proceso en el marco del artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. Precisamente, el modelo de justicia transicional que dan vida a las instituciones del SIVJRNR puede colisionar con lo establecido por el derecho internacional, si es que no se modifican las consideraciones respecto a Responsabilidad de Mando.

“[...] los perfiles de las diferentes brigadas refuerzan las evidencias de la naturaleza sistemática y generalizada de falsos positivos en Colombia durante el periodo comprendido entre 2002 y 2008. Esto plantea serios interrogantes sobre si comandantes en posiciones superiores al nivel de brigada—desde comandantes de divisiones hasta el comandante del Ejército Nacional—al menos sabían o deberían haber sabido de los crímenes, o podrían incluso haberlos ordenado o facilitado activamente su comisión.” (Human Rights Watch, 2015, p.48)

Al respecto, José Miguel Vivanco, en una entrevista a la Revista Semana (20 de diciembre de 2016), comenta sobre las evidencias de Responsabilidad de Mando en los Falsos Positivos, involucran testimonios de “[...] generales que ejercían cargos de alta responsabilidad cuando Montoya comandaba el Ejército y ellos declaran que Montoya sabía o como mínimo debió haber sabido sobre los falsos positivos, y no tomó medidas

¹⁴⁵ Para más información consultar las declaraciones en: <http://bit.ly/2zeGLfm>

para evitar y sancionar estos delitos.”¹⁴⁶ También se comenta de las presiones del General Montoya (r) sobre sus subordinados, sobre todo, con el afán de reportar bajas en combate. Así, existen varios testimonio de oficiales del Ejército que han señalado esta práctica por parte del Gral (r) Montoya. De acuerdo con el Teniente Coronel (r) Robinson González del Ríó:

“[...] [En] programas radiales... él le[s] preguntaba a muchas unidades, “[¿]Cuánto lleva usted sin resultados operacionales? “. [Ellos respondían] “Mi General el día de ayer se hicieron dos capturas”. [Y Montoya replicaba] “No, no, no hermano, resultados operacionales, somos un ejército en guerra, aquí lo que vale son las bajas”. (Human Rights Watch, 2015, p. 32)

Esta presión ejercida no solo por el General (r) Montoya, sino por muchos otros miembros del Ejército, sobre sus subordinados; si bien, no constituye un hecho ilícito como tal, dependiendo de su aplicación y el riesgo que supone este accionar, configuraría Responsabilidad de Mando, puesto que se debió prever que podrían suceder las ejecuciones extrajudiciales. Para atribuir Responsabilidad de Mando, el enfoque utilizado es la teoría de la disminución del riesgo. Por lo que, los altos mandos del ejército debieron prever, como parte de una actuación responsable, que la presión ejercida a sus subordinados por conseguir bajar en combate podría desencadenar en ejecuciones extrajudiciales. Como señala la Federación Internacional de Derechos Humanos & Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (2012) “[...] la alta cúpula militar de la época había estado involucrada directamente en los casos, tenía conocimiento de las ejecuciones y, en su puesto de poder, ocultaron u omitieron actuar para impedir que los crímenes se siguieran cometiendo.” (p.30). Así, su actuación debió ser tendiente a disminuir o frenar las ejecuciones extrajudiciales.

En declaraciones del General (r) Gustavo Matamoros Camacho sobre las operaciones: “A pesar de que digan que él no sabía nada, si alguien no le llegaba a reportar a él... ese tipo firmaba su sentencia de muerte prácticamente. De tal manera que a él se le informaba absolutamente de todo y él estaba al tanto de absolutamente todo” (Human Rights Watch, 20 de diciembre de 2016). Así como esta afirmación sobre el conocimiento del Gral. (r) Montoya de los Falsos Positivos, existen muchas otras que lo involucran. No obstante, de someterse este caso a la JEP por Responsabilidad de Mando, no llevaría a mayores consecuencias, puesto que se alegarían todos los vicios que se han señalado como, falta de control sobre la conducta, capacidad legal y material de emitir órdenes,

¹⁴⁶ Para más información consultar Revista Semana en: <http://bit.ly/2i9SZOM>

delitos cometidos dentro del “área de responsabilidad”, capacidad “directa” de tomar medidas adecuadas, entre otras. Así, indirectamente deviene en impunidad de los altos mandos por las ejecuciones extrajudiciales, por lo cual, la propuesta de JEP podría ser inviable respecto a estos casos.

3.3 Justicia Penal Internacional en los casos de Falsos Positivos por Responsabilidad de Mando.

La situación en Colombia se encuentra bajo seguimiento de la Fiscalía de la CPI desde junio de 2004. Actualmente, Colombia se encuentra en la etapa de examen preliminar (aún no bajo investigación). Se espera que con la implementación del SIVJNRN la Fiscalía no formule acusación contra el Estado, no obstante, debido a los pocos esfuerzos realizados por el gobierno para alinearse a los mandatos de la CPI, posiblemente esto no suceda. Una serie de cuestiones se encuentran presentes para sustentar la presencia de la Fiscalía, por ejemplo, las consideraciones sobre crímenes de guerra, las sanciones para delitos graves, las ejecuciones extrajudiciales y la definición de Responsabilidad de Mando, por mencionar solo unos cuentos.

Estos dos puntos son los temas que ocupan la presente investigación, los cuales tienen un gran significado para la justicia e importancia para que se juzguen en consonancia con el Derecho Penal Internacional. Así lo entiende la CPI, quien mediante escrito de *amicus curiae* presentado por la Fiscalía, pone en evidencia las falencias de la JEP. De acuerdo con este escrito, “La definición de responsabilidad del mando incluida en el Acto Legislativo 01 se aparta del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales” (Bensouda, 18 de octubre de 2017, p.21).

De esta manera, la CPI se convierte en la sombra de los acuerdos y busca que se garanticen los derechos para las víctimas del conflicto. En este punto de la investigación, merece preguntarnos cuáles serían las implicancias de la intervención de la CPI. Quizá podría presentarse como una alternativa de control de impunidad en Colombia, sobre todo, en relación con la Responsabilidad de Mando de los miembros de la fuerza pública en los Falsos Positivos. Por otro lado, es menester preguntarse cuáles serían los riesgos

de esta intervención. Es así como, en el presente apartado, se desarrollará el Proceso Penal Internacional como alternativa y sus implicancias.

3.3.1 ¿Proceso Penal Internacional como alternativa?

Mediante carta remitida a la Fiscalía de la CPI, los abogados Germán Romero y Jorge Molano, pidieron la intervención de la CPI en los casos de Falsos Positivos (El Espectador, 13 de setiembre de 2017)¹⁴⁷. Así como ellos, son muchas las voces que sostienen que la justicia en Colombia ha claudicado. Los Falsos Positivos tienen que tratarse en fueros internacionales, puesto que el Estado se ha visto desbordado y no ofrece respuestas claras frente a tales crímenes. En base al principio de oportunidad de la Corte, la intervención es procedente cuando un Estado “[...] no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo” (Estatuto de Roma, Artículo 17.1.a), tal y como es el caso materia de análisis.

Los principales detractores de la justicia internacional basan sus argumentos en los clásicos cuestionamientos contra los organismos internacionales que giran —principalmente— en torno a la pérdida de soberanía del Estado sobre sus asuntos de orden interno. Los escépticos mencionan que la intervención de un organismo internacional condiciona al Estado en el uso de la fuerza. Es decir, si se procesa por Responsabilidad de Mando supondría disminuir las competencias de la fuerza pública en cuanto al conflicto armado (contra las facciones no desmovilizadas de las FARC-EP, el ELN y otros grupos). Por el contrario, dicha especulación es totalmente infundada. Se tiene que relegar la competencia y frenar el conflicto. Precisamente, si la guerrilla sigue en armas es porque sigue enfrentando a la fuerza pública y las BACRIM.

Otra objeción usualmente esgrimida es que solo la ciudadanía colombiana es capaz de entender el conflicto armado en Colombia y que la CPI no entiende sus dimensiones. La prueba de ello serían los diversos tropiezos que ha tenido desde su funcionamiento en 1998, entendidos en el sentido de pocos casos —lo cual, tampoco prueba su efectividad—, demoras, condenas cortas, etcétera. Luigi Ferrajoli (2016) señala que un juzgamiento, más allá de lo que significa, plasma una idea de justicia. Así, “[...] los procesos, téngase en cuenta, antes que las penas; la comprobación de la verdad promovida por las víctimas o por sus familiares y basado sobre todo en sus testimonios,

¹⁴⁷ Para más información consultar diario El Espectador en: <http://bit.ly/2AbjYiO>

antes que en la ejecución de la pena; la reconstrucción histórica de las ejecuciones más graves y el descubrimiento de los responsables, mucho más que las sanciones.” (p.151). De esta manera, es necesario apostar por un organismo imparcial como símbolo de no repetición del conflicto.¹⁴⁸

La aplicación de la justicia internacional supone una serie de ventajas. La más resaltante es la garantía del derecho a la justicia. Como se ha detallado a lo largo de la investigación, la CPI es competente para conocer los casos de Falsos Positivos en Colombia; así, garantizar y evitar los futuros escenarios de impunidad que se proponen con la JEP. El Estado colombiano no puede hacerse cargo de los mandos militares; se ha visto que la justicia militar como la justicia ordinaria han intentado procesar a los altos mandos sin éxito. Es necesario recuperar las instituciones que han colapsado para forjar una paz estable y duradera y, por consiguiente, propiciar el ambiente adecuado para la reconciliación.

Ahora bien, fomentar la justicia internacional es una forma de reparación a las víctimas del conflicto. En el sentido de aplicar la justicia con aquellos que pudieron evitar que se propaguen las ejecuciones extrajudiciales. Procesar a los altos mandos presuntamente responsables por los Falsos Positivos, conforme a lo estipulado por el derecho internacional, contribuye con la paz en Colombia. Es importante también que se llegue a conocer lo que pasó a través de la justicia y condenar a los ejecutores inmediatos y a los responsables de estos. La Fiscalía de la CPI ha emitido una serie de reportes respecto a los Falsos Positivos y la justicia en Colombia. Se llevaron los casos a la justicia militar y ordinaria y no funcionó, sería válido preguntarse si sucedería lo mismo con la JEP.

Es necesario que se adecuen los términos de la Responsabilidad de Mando conforme al derecho internacional y que los responsables sean procesados. En vista que la justicia nacional —hasta el momento— no ha dado respuestas claras, tendría que intervenir el fuero internacional¹⁴⁹. La justicia no tendría que condicionarse por otro

¹⁴⁸ Aquí cabe hacer una precisión, los juicios internacionales son simbólicos. Sirven como referentes para hacer presente a la sociedad que existe la idea de justicia. Qué hubiera sido si los hechos de la Segunda Guerra Mundial no se hubieran juzgado o los crímenes en la Ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, etc. Todos estos tienen una importante carga simbólica, además, jurídica.

¹⁴⁹ En base al artículo 17.1.a del Estatuto de Roma, en cuanto al principio de oportunidad de la Corte, ésta podrá ejercer su competencia cuando “el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un

principio que es la paz, esta es necesaria en Colombia, pero el costo a pagar por ella no debe ser la justicia. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento¹⁵⁰, por lo tanto, no se acepta con impunidad. A largo plazo, dicha impunidad se convierte en un obstáculo, lo cual dificulta todo proceso de pacificación y una futura reconciliación entre los agentes del conflicto. Esta afirmación invita a pensar que la justicia es el punto de partida; una justicia efectiva y no simulada. En ese sentido, con la vigilancia de la CPI en la implementación del Nuevo Acuerdo, se irán cerrando los caminos de la impunidad en Colombia y se asegurará un proceso justo contra los responsables de los Falsos Positivos.

Así, la intención de esta reflexión no es agudizar el desenlace del conflicto armado contra las FARC-EP, sino proporcionar una reflexión en torno a temas tan debatibles como lo son la Responsabilidad de Mando, las ejecuciones extrajudiciales y las instituciones del SIVJNR. Las vías de la justicia transicional y el Derecho Penal Internacional, no tienen por qué ser caminos excluyentes. Es decir, no aplicar los extremos de cada una, sino encaminar hacia una aplicación simbólica pero importante, donde las víctimas tengan el derecho a la verdad, justicia y reparación que reclaman. No es posible concebir el goce de los mismos por separado, es necesario encausarlos a través de la justicia, que conlleve a una reparación y la obtención de la verdad en sí misma, con garantías de no repetición.

3.3.2 Implicancias de la intervención de la Corte Penal Internacional en la implementación del Nuevo Acuerdo.

En el supuesto que la CPI formule investigación contra Colombia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 53 y ss. del Estatuto de Roma¹⁵¹, implicaría que la Fiscalía realiza las pesquisas necesarias contra los máximos responsables de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia. De haber fundamento razonable de culpabilidad, la Fiscalía plantearía enjuiciamiento de la causa. Así, tendrían que ser conocidas por la Fiscalía y en su oportunidad aplicar la sanción correspondiente que, de conformidad con el Estatuto de Roma, tiene como pena máxima la reclusión por 30 años o, dependiendo de la magnitud de los crímenes, cadena perpetua (Artículo 77).

Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”.

¹⁵⁰ Artículo 22 Constitución de Colombia

¹⁵¹ Estatuto de Roma, Parte V, De la investigación y enjuiciamiento

En esa línea, supondría procesar a los máximos responsables de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia. De acuerdo con el *Informe sobre las actividades de examen preliminar* (2017) la Fiscalía calcula que existen al menos cinco divisiones involucradas por Falsos Positivos:

- “La Primera División (Brigada 10) presuntamente cometió aproximadamente 146 homicidios conocidos como falsos positivos entre 2004 y 2008 en el departamento de Cesar.
- La Segunda División (Brigada 30 y Brigada Móvil 15) presuntamente cometió aproximadamente 123 homicidios conocidos como falsos positivos entre 2002 y 2009 en los departamentos de Norte de Santander y Magdalena.
- La Cuarta División (Brigadas 7, 16 y 28) presuntamente cometió aproximadamente 224 homicidios conocidos como falsos positivos entre 2002 y 2008 en los departamentos de Meta, Casanare y Vichada.
- La Quinta División (Brigada 9) presuntamente cometió aproximadamente 119 homicidios conocidos como falsos positivos entre 2004 y 2008 en el departamento de Huila.
- La Séptima División (Brigadas 4, 11, y 14) presuntamente cometió aproximadamente 677 homicidios conocidos como falsos positivos entre 2002 y 2008 en los departamentos de Antioquia y Córdoba.” (§132)

Cada División incluye cierto número de brigadas que, en total son responsables de poco más de mil doscientas ejecuciones extrajudiciales registradas por la CPI. Ahora bien, aún se viene determinando el escenario real de estos crímenes, como se ha mencionado, los cálculos siguen sumando y los “positivos” apareciendo. Lo cierto es que la intervención de la CPI supondría poner fin al círculo vicioso de impunidad, donde solo se juzgue al autor inmediato y queden sin procesar a los máximos responsables. Además, supondría determinar una vía concreta para el juzgamiento de los Falsos Positivos. Como se ha visto que estos crímenes no calzan con la jurisdicción militar y de la jurisdicción ordinaria están pasando los casos a la JEP que aún no entra en funcionamiento, lo cual acrecienta la falta de justicia sobre las víctimas.

De esta manera, se ha visto que la CPI garantiza un debido proceso y una condena para aquellos responsables de los crímenes de competencia de la Corte. Pero, esta intervención puede que entorpezca con la implementación del Acuerdo. En primer lugar, la CPI tendría una intervención *ex post*, es decir, incursionaría en la implementación de un acuerdo ya estipulado. Ni si quiera, como parte de las negociaciones. En segundo lugar, esta intervención afecta lo pactado en el Acuerdo de Paz. Se debería aplicar lo que se acordó y respetar lo estipulado. En ningún momento se acordó la intervención de la CPI. Un ejemplo de lo señalado es la carta de Rodrigo Londoño dirigida a la Fiscalía de la CPI denunciando el incumplimiento del Acuerdo de

Paz. Así como las FARC-EP piden que se cumpla lo pactado, en el escenario propuesto, la Fuerza Pública también podría hacerlo.

Con esto, si los principales actores del Acuerdo se retiren del mismo por lo estricto de las cláusulas supondría el principal riesgo. Así, las implicancias de la intervención de la CPI son ambivalentes. Por un lado, es saludable, puesto que ofrece seguridad jurídica para las víctimas, debido proceso para los victimarios y, sobre todo, justicia. Por otro lado, los riesgos que representaría asumirla podrían ser altos. El retroceso de la Fuerza Pública o abandono de la misma en la implementación del Acuerdo podría generar como efecto rebote que las FARC-EP no terminen de desmovilizarse y que el conflicto resurja, además de que este fracaso sirva como precedente en las negociaciones con el Ejército de Liberación Nacional y tampoco se llegue a un acuerdo.

Por ello, la justicia transicional entra a tallar de manera excepcional a fin de que no se genere esta situación. En esa línea, la CPI podría intervenir como un complemento ideal a la JEP. La justicia no puede permitirse que aquellos mandos responsables por las ejecuciones extrajudiciales no purguen condena efectiva. Si bien es cierto, el SIVJRNR incluye diversas sanciones, habría que hacer una excepción con aquellos crímenes de gran trascendencia para la humanidad como son los Falsos Positivos. Es necesario que la JEP se ajuste a los estándares del Estatuto de Roma y el Derecho Internacional Consuetudinario a fin de que se garanticen los derechos de las víctimas del conflicto.

Así, el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación y la no repetición se encuentran enlazados. No es posible concebirlos por separado, para ello es necesario expresarlos a través de la justicia, que conlleve a una reparación y la obtención de la verdad en sí misma. Ello derivaría en una paz duradera, la cual será obtenida cuando se juzgue a los máximos responsables de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia y se adopte estándares internacionales para el juzgamiento o, en su defecto, remitir algunos casos a la Fiscalía de la CPI para las investigaciones.

CONCLUSIONES

En virtud de lo esbozado en la presente investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- 1) La justicia transicional en Colombia se materializa a través del SIVJRNR, el cual está compuesto por distintos mecanismos judiciales y extrajudiciales, que tienen como objeto lograr la mayor satisfacción de los derechos de las víctimas, tales como verdad, justicia, reparación y no repetición; la reconciliación se plantea como una consecuencia no inmediata, sino a largo plazo. El componente de justicia está a cargo de la JEP, que tiene como principal desafío armonizar sus instituciones con el Derecho Internacional. Es de notar que, existen muchas dudas en cuanto a su contenido, en especial, respecto a la Responsabilidad de Mando; ya que, podría alejarse de lo estipulado en el Estatuto de Roma y el Derecho Internacional Consuetudinario, lo que supondría una situación de impunidad y vulneración de los derechos de las víctimas.
- 2) En cuanto a la versión de la Responsabilidad de Mando en el proceso de paz, esta ha tenido una serie de modificaciones. Desde el Borrador Conjunto del 15 de diciembre de 2015 hasta el Nuevo Acuerdo del 24 de noviembre del 2016, inclusive, hoy en día respecto a su implementación mediante el proyecto de Ley Estatutaria. En este decurso, se agregaron y retiraron consideraciones que, en cierta medida la acercaban o alejaban de lo estipulado con el derecho penal internacional. No obstante, queda demostrado el interés por regular la responsabilidad penal por omisión de la fuerza pública y para ello se ha adoptado los criterios de la Responsabilidad de Mando, aunque de una manera deficiente.
- 3) La responsabilidad de los altos mandos se manifiesta a través de la conducta. Esta puede ser entendida a través de la acción o la omisión. Acción en el sentido de

que los mandos ordenaron la comisión de crímenes y omisión en cuanto a la prevención e investigación del delito. La presente investigación se ha enfocado en demostrar que la Responsabilidad de Mando en los Falsos Positivos se da por omisión del deber de los superiores sobre sus subordinados. Asimismo, para el derecho penal internacional, los principales elementos de la Responsabilidad de Mando son cuatro. En primer lugar, la relación superior-subordinado. En segundo lugar, el control efectivo del superior sobre sus subordinados (vínculo de causalidad). En tercer lugar, el conocimiento a razón del “tuviere razones para saber” o el “hubiere debido saber”. Finalmente, el Superior debió adoptar medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los crímenes de sus subordinados.

- 4) La JEP considera el control efectivo sobre la conducta, mientras que el Estatuto de Roma lo hace sobre los subordinados. Además, el primero menciona el control sobre el área de responsabilidad del comandante lo que legitima dicha consideración; pese a que esta precisión no ha sido recogida en el Estatuto de Roma, ni en el derecho consuetudinario. Este control se determina mediante la capacidad de mando del superior que en la JEP es de iure mientras que en el Estatuto de Roma se consideran las capacidades tanto de iure como de facto. Así, estas consideraciones son arbitrarias e ilegítimas, puesto que, esto sería considerar cuestiones de hecho sobre cuestiones de Derecho. La doctrina y la jurisprudencia han enfatizado en la necesidad de analizar ambas capacidades para determinar el mando y control efectivo.
- 5) La JEP propone que la Responsabilidad de Mando se determine mediante un “conocimiento actualizable”. Según el Derecho Internacional, el conocimiento se manifiesta en dos sentidos: conocimiento real e inferido. El primero, respecto a lo que el comandante sabía de los hechos y el segundo, en cuanto a los criterios de “tuviere razones para saber” (Derecho Internacional consuetudinario) y “debió haber sabido” (Estatuto de Roma). A pesar de tener estos criterios, lo establecido por la JEP es ambiguo y no se ajusta a lo establecido por el Derecho Internacional Consuetudinario ni por el Estatuto de Roma.

- 6) Los criterios no definidos o inexactos que establece la JEP podrían suponer un gran riesgo en la implementación del Nuevo Acuerdo, legitimando la impunidad de los máximos responsables. Esta no se ajusta a los criterios establecidos en el derecho internacional respecto a la Responsabilidad de Mando. Así, se ha observado que, pese a haber cambiado varias veces las estipulaciones sobre Responsabilidad de Mando en el ínterin del proceso de paz y su implementación, lo definitivo no se ajusta a lo referido por el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario.
- 7) La Política de Seguridad Democrática constituyó el punto de partida del uso desmedido de la fuerza y la violación sistemática de Derechos Humanos. La interpretación desafortunada que se le dio a las distintas disposiciones distorsionó el objeto de la misma y llevó a la comisión de ejecuciones extrajudiciales a fin de obtener una serie de recompensas para la fuerza pública. Esta política encarnó un riesgo en sí misma debido a las condiciones en la que fue presentada. Habría que añadir las presiones de los altos mandos por conseguir resultados contables (bajas) que mostraran los avances de la fuerza pública en la lucha contra la guerrilla. Por lo que, debido a estas circunstancias, habría razones suficientes para que los mandos puedan colegir que sus subordinados podrían crear resultados para obtener recompensas; asesinando civiles y presentándolos como guerrilleros muertos en combate.
- 8) Los casos de Falsos Positivos constituyen crímenes de lesa humanidad, de conformidad con lo establecido en el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario y, por ende, deben de ser procesados como tales. Se ha determinado que los Falsos Positivos fueron un ataque contra la población civil. Una política de Estado en los términos de la jurisprudencia internacional, que se aplicó por algunos estamentos del Ejército. Además, fueron delitos sistemáticos que, al menos, involucra a batallones y brigadas. Hubo conocimiento en los términos referidos por el conocimiento real e inferido, por parte de los superiores inmediatos y los superiores jerárquicos. Estas consideraciones supondrían distintas calificaciones jurídicas en la Teoría del Caso, una por acción y otra por omisión.

- 9) La justicia militar no es competente en razón a la materia para conocer los casos de Falsos Positivos, puesto que no constituyen crímenes derivados de las funciones militares. La justicia ordinaria estuvo conociendo algunos casos de ejecuciones extrajudiciales, principalmente, respecto a autores inmediatos. No obstante, con la aparición de la JEP, son cada vez más los juzgados que se han declarado incompetentes para conocer dichos crímenes, por corresponder a dicha jurisdicción al ser crímenes derivados del conflicto armado con sustento en la Política de Seguridad Democrática. A razón de ello, corresponde que la JEP conozca dichos crímenes, no obstante, mientras el proyecto de Ley Estatutaria no sea promulgado por el Congreso, los procesos deberían continuar llevándose en la jurisdicción ordinaria.
- 10) La Corte Penal Internacional es competente para conocer los crímenes de lesa humanidad en Colombia desde el año 2002, precisamente, período en que se remontan los Falsos Positivos. Esta intervención se daría siempre y cuando no se modifiquen los vicios que contempla el Nuevo Acuerdo, así como el Acto Legislativo 1 de 2017 respecto a las consideraciones de Responsabilidad de Mando en la JEP, adecuando dichos criterios de acuerdo con lo estipulado por el derecho penal internacional y el derecho internacional consuetudinario. Es deber de la Corte Penal Internacional velar por la justicia y reducir los niveles de impunidad en Colombia.
- 11) En el marco de los Falsos Positivos, es necesario procesar a los efectivos que cometieron crímenes de lesa humanidad, así como a los mandos que omitieron sus responsabilidades y no adoptaron medidas necesarias ni razonables para frenar los Falsos Positivos. En ese sentido, es plausible los esfuerzos de la Fiscalía General de la Nación en Colombia para investigar las ejecuciones extrajudiciales respecto a los autores inmediatos; no obstante, a fin de asegurar el derecho a la justicia en todas sus dimensiones, también es necesario investigar a los mandos que hubieren sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubieren debido saber que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían a cometerlos.

RECOMENDACIONES

- 1) Continuar con los lineamientos del derecho penal internacional supone que Colombia diseñe un sistema de justicia orientado a la rendición de cuentas de los responsables por los crímenes de lesa humanidad en los Falsos Positivos. El Estado debe orientar la Responsabilidad de Mando de la JEP al Derecho Penal Internacional.
- 2) Implementar dentro de la legislación interna, normas compatibles con el derecho penal internacional y derecho internacional humanitario, tomando como referencia el derecho comparado. Una vez implementado, que la Fiscalía General de la Nación inicie investigación por Responsabilidad de Mando en las ejecuciones extrajudiciales
- 3) Los Falsos Positivos deben de ser juzgados en la jurisdicción ordinaria hasta que se implemente por completo la JEP. Es necesario construir un sistema de garantías para las partes del proceso a fin de que no surjan cuestionamientos sobre la legitimidad del mismo. Se deben de respetar los derechos de las víctimas, así como de los imputados para garantizar los lineamientos de la justicia.
- 4) Se debería apostar por el SIVJRNR en el posconflicto. El desarrollo de sus instituciones dependerá de todos los actores en la sociedad. Este sistema servirá como punto de partida para desmovilizaciones posteriores de grupos al margen de la ley que aún siguen operando. Los resultados serán clave sobre el futuro de Colombia para pensar en un final definitivo a más de 50 años de conflicto ininterrumpido.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional (Vol. LII). (Ó. Guerrero, & M. Karayán, Trans.) Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Arias, D.; Arias, X.; Castrillo, E.; Chaves, E.; Chinchilla, M.; Mata, R.; Gamboa, M.; González, F; Hidalgo, N.; Kvist, U.; y Umaña, A. (2011). Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial. San José: Poder Judicial
- Elster, J. (2006). Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica (1 ed.). (E. Zaidenweg, Trad.) Buenos Aires: Katz Editores.
- Fernandes, J. (2008). La Corte Penal Internacional: Soberanía versus Justicia Universal. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- Fuchs, M., Benedetti, N., & Pavia, J. (2016). Justicia transicional: una justicia para la paz. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá.
- García-Blásquez, L. (2012). El Juicio de Núremberg (Primera ed.). Lima: Roble Rojo Grupo de Negocios.
- Gómez, G. (2014). Justicia transicional en disputa: Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012 (Primera ed.). Medellín: Universidad de Antioquia.
- Kiss, A. (2016). La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 40-66.
- Movimiento de Reconciliación (FOR) & Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (CCEEU). (2014). "Falsos positivos" en Colombia y el papel de asistencia militar de Estados Unidos, 2000-2010. Bogotá D.C.: Linotipia Bolívar.
- Muñoz, F. (1990). Teoría General del Delito. Bogotá: Temis.
- Nuremberg Military Tribunals. [NMT] (1950). Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law (Vols. I-XV). Washington: United States Government Printing Office.

Oettler, A. (2015). Los ejes sociotemporales de la superación del pasado: Experiencias alemanas. En P. Del Pino, & L. Huber [Compiladores], Políticas en Justicia Transicional (págs. 54-83). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2008). Rule-of-law tools for post-conflict states: Maximizing the legacy of hybrid courts. Ginebra: United Nations

Platón (Ed. 1986). La República. Madrid: Gredos

Rodríguez, M. (2012). Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción. *Justicia para la convivencia: Los puentes de Deusto*. [Encuentro “justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo”]. Bilbao: Universidad de Deusto, 21-46

Roxin, C. (1997). Derecho Penal parte general: Fundamentos de la estructura de la teoría del delito (Vol. I). (De Vicente, J., Díaz y García, M., & Luzón, D-M., Trads.) Madrid: CIVITAS.

Silva, J.-M. (1986). El delito de omisión. Barcelona: Bosch.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

American Society of International Law [ASIL] (1922). German War Trials: Judgment in the Case of Emil Muller. *The American Journal of International Law*, 16(4), 684-696.

Bantekas, I. (Julio de 1999). The Contemporary Law of Superior Responsibility. *The American Journal of International Law*, 93(3), 573-595.

Barbosa, F. (25 de mayo de 2015). Justicia prospectiva y proceso de paz en Colombia. *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15824376>

Bensouda, F. (21 de enero de 2017). El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad. *Diario Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820>

Bulinckx, N., & Geiss, R. (Marzo de 2006). Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados. *International Review of the Red Cross*(861), 1-22.

Cortés, D., Franco, M., Hincapié, L, & Vargas, J. (2012). Seguridad Democrática, presencia de la Policía y conflicto en Colombia. *Desarrollo y Sociedad*(69), 11-32.

Cote-Barco, G. (2016). Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el

derecho penal nacional e internacional? *Revista Colombiana de Derecho Internacional* (28), 49-112. doi:10.11144/Javeriana.il14-28.rsjr

Diario Semana. (21 de marzo de 2009). “Entregué a más de 30 jóvenes para falsos positivos”. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/entregue-mas-30-jovenes-para-falsos-positivos/101266-3>

Diario Semana. (25 de septiembre de 2017). “Hay reparos de la Fiscalía a la Ley Estatutaria de la JEP”. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/fiscalia-pide-revisar-ley-estatutaria-de-la-jep/541602>

El Espectador. (13 de septiembre de 2017). Piden a la CPI investigar a generales del Ejército por ejecuciones extrajudiciales. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/piden-la-cpi-investigar-generales-del-ejercito-por-ejecuciones-extrajudiciales-articulo-713015>

El Espectador. (28 de marzo de 2017). Juez de Bogotá se apartó de decidir en caso ‘falsos positivos’ de Soacha. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/juez-de-bogota-se-aparto-de-decidir-en-caso-falsos-positivos-de-soacha-articulo-686816>

El Espectador. (3 de abril de 2013). Falsos positivos sí van a Justicia ordinaria: Judicatura. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/falsos-positivos-si-van-justicia-ordinaria-judicatura-articulo-413837>

El Espectador. (4 de agosto de 2017). General (r) Henry Torres Escalante quedará en libertad condicionada. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/general-r-henry-torres-escalante-quedara-en-libertad-condicionada-articulo-706489>

El Tiempo. (3 de abril de 2017). Madres de Soacha piden que los ‘falsos positivos’ no entren a la JEP. *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/piden-que-militares-condenados-por-falsos-positivos-no-estén-en-jep-74602>

Ferrajoli, L. (2016) La Justicia Penal Transicional para la Colombia del Posconflicto y las garantías para la paz interna. *Revista Crítica Penal y Poder*, 10, pp. 146-161

Garfunkel, I. (2016). Verdad y Justicia: ¿Términos incompatibles en la justicia transicional? *American University International Law Review* (409), 409-436.

Gómez, F. (julio-diciembre de 2014). Justicia, verdad y reparación en el Proceso de Paz en Colombia. *Derecho del Estado* (33), 35-63.

Henderson, H. (2006). La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 281-298.

- Lederach, J. (8 de junio de 2016). La paz la construye cada colombiano. (D. Salgar, Entrevistador) El Espectador. Recuperado de <http://colombia2020.elespectador.com/pais/la-paz-la-construye-cada-colombiano-john-paul-lederach>
- Mateo, R. (2013). De Madres de Soacha a sujetas políticas: Capacidad de agencia ante la impunidad en Colombia. Reconstrucción de un caso desde una mirada feminista para un litigio estratégico. En I. W. Papers, La violencia sociopolítica: una vulneración de los Derechos Humanos. Barcelona: Institut Català Internacional per la Pau.
- Melamed, J. (enero-junio de 2017). La justicia Transicional: La llave hacia una salida negociada al conflicto armado en Colombia. Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, 12(1), 185-206. doi:<http://dx.doi.org/10.18359/ries.2469>
- Pachón, M. (2009). Colombia 2008: éxitos, peligros y desaciertos de la política de seguridad democrática de la administración Uribe. Revista de Ciencia Política, 29(2), 327-353.
- Palencia, E. (2011). Análisis de los Derechos Humanos en Colombia, Caso: “Falsos Positivos”. Fronesis, XVIII(2), 175-191.
- Palomino, S. (2017). Las madres de Soacha no encuentran justicia en Colombia. El País. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2017/05/12/colombia/1494541802_870832.html
- Prévost, A. (Agosto de 1992). Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita. Human Rights Quarterly, XIV (3), 303-338.
- Revista Semana (25 de octubre de 2017). Los apretados tiempos del ‘fast track’. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/fast-track-termina-en-noviembre-y-no-han-pasado-todos-los-proyectos/544671>
- Revista Semana (26 de septiembre de 2017). Estos son los magistrados que juzgarán los graves delitos del conflicto armado. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/magistrados-de-la-jurisdccion-especial-de-paz/541709>
- Revista Semana. (20 de diciembre de 2016). “El general Montoya sabía o por lo menos debió haber sabido sobre los falsos positivos”. Revista Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/jose-miguel-vivanco-de-hrw-habla-sobre-mario-montoya-y-falsos-positivos/510113>
- Roth-Arriaza, N. (1990). State Responsibility to investigate and Prosecute Grave Human Rights VIolations in International Law. California Law Review, 78(449), 451-513.
- Simón, P., & Zapico, A. (31 de Julio de 2013). Crónica de una sentencia histórica: los “falsos positivos” son crímenes de lesa humanidad. Periodismo Humano.

Obtenido de <http://periodismohumano.com/en-conflicto/cronica-de-una-sentencia-historica-los-falsos-positivos-de-soacha-son-crimenes-de-lesa-humanidad.html>

Tonche, J. & Umaña, C. (2017). Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa? Revista Derecho del Estado, 38,223-241.

Uprimny, R., & Saffon, M. (2008). Usos y Abusos de la Justicia. Anuario de Derechos Humanos, 165-195.

Vera, J. (Sin fecha). Cuatro mitos sobre la justicia retributiva como mecanismo de justicia transicional. American University International Law Review, 469-499.

Victoria de la Unidad Nacional. (20 de junio de 2010). El Espectador. Obtenido de <http://www.elespectador.com/alvaro-uribe/articulo-209560-victoria-de-unidad-nacional>

Zuluaga, C. (2017). Aún no existe la Jurisdicción Especial para la Paz, pero frena casos de falsos positivos en Caldas. Radio Caracol. Obtenido de http://caracol.com.co/emisora/2017/06/10/manizales/1497058258_879410.html

MEDIOS ELECTRÓNICOS

@JuanManSantos (8 febrero 2016) En Twitter [Estado]. Recuperado del 20 de mayo de 2017 en <http://bit.ly/2s4DpW6>

Ambos, K., & Zuluaga, J. (2014). Análisis del fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz. *Ámbito Jurídico*, 25. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_36700-1522-4-30.pdf?140227200808

Comité Internacional de la Cruz Roja. (marzo de 2008). ¿Cuál es la definición de "conflicto armado" según el derecho internacional humanitario? Obtenido de International Committee of the Red Cross: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>

Dirección de Justicia Transicional. (2016). Marco Jurídico para la Paz. Obtenido de Justicia Transicional: <http://www.justiciatransicional.gov.co/ABC/Marco-Jur%C3%ADdico-para-la-paz>

Human Rights Watch (20 de diciembre de 2016). Colombia: Nuevas evidencias contra ex jefe del Ejército Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2016/12/20/colombia-nuevas-evidencias-contra-ex-jefe-del-ejercito>

Human Rights Watch. (2015). El Rol de los Altos Mandos en Falsos Positivos. Obtenido de <https://www.hrw.org/es/report/2015/06/23/el-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos/evidencias-de-responsabilidad-de>

- Human Rights Watch. (21 de diciembre de 2015). Análisis de Human Rights Watch sobre el “Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto” alcanzado por el gobierno de Colombia y las FARC. Recuperado de: https://www.hrw.org/es/news/2015/12/21/analisis-de-human-rights-watch-sobre-el-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto#_ednref22
- Human Rights Watch. (25 de enero de 2017). Carta sobre "responsabilidad de mando" en la legislación de implementación del acuerdo de paz. Obtenido de Human Right Watch Sitio Web: https://www.hrw.org/es/news/2017/01/25/carta-sobre-responsabilidad-de-mando-en-la-legislacion-de-implementacion-del-acuerdo#_ftnref9
- International Center for Transitional Justice (2017): ¿Qué es la justicia transicional? Recuperado de: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- La Silla Vacía (02 de octubre de 2016). Silla Nacional: Cinco razones para la derrota del Sí. Recuperado de La Silla Vacía Sitio Web: <http://lasillavacia.com/historia/cinco-razones-para-la-derrota-del-si-58173>
- La Silla Vacía. (13 de julio de 2016). Quién es quién. Recuperado de: <http://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/jaime-alfonso-lasprilla-villamizar>
- Leon, J. (20 de junio de 2010). Silla Nacional: Juan Manuel Santos Presidente 2010-2014. Recuperado de: <http://lasillavacia.com/historia/16121>
- Levine, E. (Febrero 2005). Command Responsibility: The Mens Rea Requirement. (Artículo online). Sitio web: Global Policy Forum. Recuperado de <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/163/28306.html>
- Noticias Uno Colombia [NoticiasUnoColombia]. (21 de junio de 2014). Gral. Jaime Alonso Lasprilla asegura que no es responsable de falsos positivos [archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=gnlzXPJvoPk>
- Periodismo Humano [PeriodismoHumano]. (2 de agosto de 2013). Sentencia histórica: los "falsos positivos" son crímenes de lesa humanidad [archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=pVGPx_i7KaM&feature=youtu.be&t=603
- The Official Web Site of the Nobel Prize. Juan Manuel Santos – Facts. En: *The Nobel Peace Prize 2016*. Recuperado de: https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2016/santos-facts.html
- Trial International. (2016). Trial Watch: Ernest Medina. Recuperado de: <https://trialinternational.org/latest-post/ernest-medina/>
- Uprimny, R. (27 de febrero de 2017). Opinión: Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado. Recuperado de: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

INFORMES

- Alston, P. (31 de marzo de 2010). Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Organización de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos [14º período de sesiones].
- Centro de Investigación y Educación Popular. (2009). Informe Especial: Falsos Positivos, balance del segundo semestre 2008. Bogotá D.C.: CINEP.
- Comisión Nacional de Memoria Histórica. (2013). ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Económico Social (8 de febrero de 2005). Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Recuperado de http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1
- Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos. (2007). Ejecuciones extrajudiciales: el caso del oriente antioqueño. Bogotá: Observatorio de derechos humanos y derecho humanitario.
- Federación Internacional de Derechos Humanos & Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos. (2012). Colombia. La guerra se mide a litros de sangre: Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad.
- Heyns, C. (15 de mayo de 2012). Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias [Recomendaciones complementarias al país: Colombia]. Organización de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos [20º período de sesiones].
- Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. (2008). Impacto de la Política de Seguridad Democrática: sobre la confrontación armada el narcotráfico y los derechos humanos. Bogotá D.C.: Observatorio de Derechos Humanos y DIH.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz (22 de noviembre de 2016). Sistematización Opciones y Propuestas Voceros del No y lo acordado en el Nuevo Acuerdo.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz. (s.f.). P&R: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Recuperado en: <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/Paginas/PR-Sistema-integral-de-Verdad-Justicia-Reparacion-y-no-Repeticion.aspx>
- The Office of the Prosecutor. (2012). Situación en Colombia: Reporte Intermedio. ICC.
- The Office of the Prosecutor. (2016). Situación en Colombia: Informe sobre las actividades de examen preliminar. ICC.
- The Office of the Prosecutor. (2017). Informe sobre las actividades de examen preliminar. ICC.

The United Nations War Crimes Commission. (1948). IV Law Reports of Trials of War Criminals. Londres: The Stationery Office.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141/10, 26 de febrero de 2010, magistrado sustanciador: Humberto Antonio Sierra Porto Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-379/16, 18 de julio de 2016, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579/13, 28 de agosto de 2013, magistrado sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1184, 13 de noviembre del 2001, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/SU1184-01.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001 sobre Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de mayo de 2010 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú*. Sentencia del 1 de septiembre de 2015 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005 sobre Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007 sobre Fondo, Reparaciones y Costas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011 sobre Fondo y Reparaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006 sobre Fondo

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003 sobre Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Perozo y Otros vs. Venezuela*. Sentencia del 28 de enero del 2009 sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de febrero de 2002 sobre Reparaciones y Costas
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006 sobre Fondo
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de Julio de 1988 sobre Fondo.
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Caso Cuéllar Martínez y Otros*, Expediente 44-2013/145-2013. Sentencia del 13 de julio de 2016.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Radicación 50301, sentencia de casación, 24 de julio de 2017, magistrado ponente Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Especial (*Caso Barrios Altos y La Cantuta*), Expediente N° A.V. 19-2001. Sentencia del 7 de abril de 2009.
- CPI. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Caso ICC-01/05-01/08), Trial Chamber III, sentencia del 21 de marzo de 2016.
- ICTR. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Caso ICTR-96-4-T), Trial Chamber I. sentencia del 2 de septiembre de 1998.
- ICTY. *Prosecutor v. Blaškić* (Caso IT-95-14-T), Trial Chamber I, sentencia del 3 de marzo de 2000
- ICTY. *Prosecutor v. Delalić et al.* [Caso Čelebići] (Caso IT-96-21). Trial Chamber I. sentencia del 16 de noviembre de 1998.
- ICTY. *Prosecutor v. Strugar* (Caso IT-01-42-T), Trial Chamber II, sentencia del 31 de enero de 2005
- ICTY. *Prosecutor vs. Kordić & Čerkez*. (Caso IT-95-14/2), Trial Chamber II, sentencia del 26 de febrero de 2001.
- ICTY. *Prosecutor vs. Kunarac et. al.* (Caso IT-96-23 & IT-96-23/1-A). Trial Chamber II, sentencia del 12 de junio de 2002
- The Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Prosecutor v. Delalić et al.* [Caso Čelebići] (Caso IT-96). Indictment, 19 de marzo de 1996.

NORMATIVA

- Acto Legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial No. 45.040, Bogotá, Colombia, 20 de diciembre de 2002. Recuperado

de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_03_2002.html

Acto Legislativo 1 de 2012. Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48.508, Bogotá, Colombia, 31 de julio de 2012. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.html

Acto Legislativo 1 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, Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 7 de julio de 2016.

Acto Legislativo 1 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 04 de abril de 2017

Acto Legislativo 2 de 2001. Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución. Diario Oficial No. 44.663, Bogotá, Colombia, 27 de diciembre de 2001

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera [El acuerdo o Acuerdo Final] (24 de agosto de 2016).

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (12 de noviembre de 2016)

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera [Nuevo Acuerdo] (24 de noviembre de 2016).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2005). Resolución 60/147, que aprueba los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2012). Resolución AG/RES. 2725 (XLII-O/12). Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9034.pdf?view=1>

Borrador Conjunto. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. La Habana, Cuba, 15 de diciembre de 2015.

Consejo Económico y Social. 2002/12. Declaración de Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal. Naciones Unidas

Constitución Política de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia, 6 de Julio de 1991

Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) (18 de octubre de 1907) La Haya, Países Bajos.

Crimes against Humanity and War Crimes, Act (S.C. 2000, c. 24), Canadá, 29 de junio de 2000. Recuperado de: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/page-1.html>

Decreto 1400 de 2006. Por el cual se crea la Bonificación por Operaciones de Importancia Nacional, Boia. Diario Oficial No. 46.259. Bogotá, Colombia, 5 de mayo de 2006.

Decreto Legislativo No. 486. Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Diario Oficial República de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 22 de marzo de 1993

Decreto Ley No. 2191, por el cual se concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de abril 1978.

Decreto No. 588 de 2017. Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición. Diario Oficial 50.197, Bogotá, Colombia, 5 de abril de 2017. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0588_2017.html

Estatuto de Roma, Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, Roma, Italia, 17 de julio de 1998.

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, 16 de enero de 2002.

Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Resolución No. 827 de 1993 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993.

Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Resolución No. 955 de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994.

Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes, Diario Oficial No. 40.483. Bogotá, Colombia, 17 de junio de 1992. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11368>

Ley 1407 de 2010, por la cual se expide el Código Penal Militar, Diario Oficial No. 47.804, Bogotá, Colombia, 17 de agosto de 2010. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1407_2010.html

Ley 1820 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, Diario Oficial No. 50.102, Bogotá, Colombia, 30 de diciembre de 2016. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1820_2016.html#TÍTULO I

Ley 6.683/79. Ley de Amnistía. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil, 28 de agosto de 1979

Ley 742 de 2002. Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Diario Oficial 44.826, Bogotá, Colombia, 5 de junio de 2002.

Ley N° 15.848. Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Centro de Información Oficial, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 28 de diciembre de 1986.

Ley No. 10, punishment of persons guilty of war crimes, crimes against peace and against humanity. Consejo de Control Aliado, Berlín, 20 de diciembre de 1945. Recuperado de <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>

Ley No. 1354 de 2009. Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. Diario Oficial No. 47.466, Bogotá, Colombia, 08 de septiembre de 2009. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1354_2009.html

Ley No. 2191. Ley que concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 18 de abril 1978.

Ley No. 26479. Ley de Amnistía. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 15 de junio de 1995.

Ley No. 599 de 2000. Por medio de la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097, Bogotá, Colombia, 24 de julio de 2000. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Ley No. 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658, Bogotá, Colombia, 1 de septiembre de 2004. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Paneles Especiales de Dili para Timor Leste (6 de junio de 2000.). Regulación No. 2000/15 (UNTAET/REG/2000/15), sobre el establecimiento de paneles con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (08 de junio de 1977)

Tratado de Versalles (28 de junio de 1919), Versalles, Francia.

