

Responsabilidad de mando y control efectivo del superior militar en el marco de la justicia transicional en Colombia*

Superior Officers' Command Responsibility and Effective Control in the Framework of Transitional Justice in Colombia

Omar Huertas Díaz**

Universidad Nacional de Colombia
ohuertasd@unal.edu.co

Astelio Silvera Sarmiento***

Corporación Universitaria Americana
asilvera@coruniamericana.edu.co

Carolina Amaya Sandoval****

Universidad Nacional de Colombia
caramayasan@unal.edu.co

Fecha de recepción: 03 de febrero de 2019.

Fecha de aceptación: 10 de abril de 2019.

- * Para citar este artículo: Huertas Díaz, O., Silvera Sarmiento, A. y Amaya Sandoval, C. (2019). Responsabilidad de mando y control efectivo del superior militar en el marco de la justicia transicional en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (50), 149-162. Universidad Libre (Bogotá). DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.50.2019.5557>. Artículo resultado de investigación cooperativa entre el grupo de investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN, de la Universidad Nacional de Colombia, y el grupo Derecho, Justicia y Sociedad (DehJüs), de la Corporación Universitaria Americana.
- ** Curso posdoctoral en Derecho, doctor en Derecho y profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre. Doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá. Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional y de la Universidad Nacional de Colombia. Líder del grupo de investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8012-2387>. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co
- *** Curso posdoctoral en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, Magíster en Educación. Abogado especialista en Derecho Constitucional y Administrativo. Investigador *senior* reconocido por Colciencias (convocatoria 781 de 2017). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9416-0264>. Correo electrónico: asilvera@coruniamericana.edu.co
- **** Abogada y maestranda en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia. Coinvestigadora del grupo de investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN, de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3275-5080>. Correo electrónico: caramayasan@unal.edu.co

Resumen

La responsabilidad de mando por la comisión de graves crímenes contra los derechos humanos implica que el superior jerárquico, aun cuando no ordenó ni participó de la ejecución de los crímenes, debe responder por el actuar de sus subordinados por no haber evitado ni sancionado la ejecución de estos hechos. En esa medida, la normativa consuetudinaria y la internacional contemplan que el superior militar jerárquico que actúe efectivamente como tal es igualmente responsable bajo la figura del control efectivo o ejercido *de facto*; así, este concepto contempla como responsables a quienes, a pesar de no haber sido nombrados oficial o legalmente en calidad de superior militar, ejercen *de facto* tal función a través de una cadena de mando o por autoría mediata a través del dominio de organización. Sin embargo, encontramos que, pese a que la normativa y la jurisprudencia internacionales han delimitado el marco de aplicación de la responsabilidad de mando ejercida mediante control efectivo, dentro del ordenamiento jurídico colombiano no se contemplan dichos estándares, especialmente en lo que se refiere a su aplicación en el escenario de la justicia transicional en Colombia. De esta forma, en este artículo argumentaremos por qué esta limitación no supe las garantías ni los derechos de las víctimas dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.

Palabras clave: responsabilidad de mando, control efectivo, autoría mediata, justicia transicional.

Abstract

Command responsibility for serious crimes against human rights implies that, even when the hierarchical superior officer does not order or is not involved in the commission of a crime, he should be accountable for the conduct of his subordinates and for not having prevented or penalized such actions. Common law and international law contemplate that any hierarchical military superior who acts as such is also held liable in the form of effective or *de facto* control. This concept regards as responsible those who, despite not having been officially or legally appointed as a military superior, perform this function *de facto* through a chain of command or by means using the organization's power. Nonetheless, it was found that, although international law and case law have delimited the application framework of command responsibility through effective control, the Colombian legal system does not include such regulations, especially in relation to the scenario of transitional justice in Colombia. Thus, it is explained why this limitation does not fulfill the guarantees or rights of victims within the Colombian Integrated System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition.

Keywords: Command responsibility, effective control, perpetration by means, transitional justice.

Introducción

La responsabilidad de mando como figura preceptuada por el derecho penal internacional,

en desarrollo del régimen de responsabilidad penal individual, establece los eventos en los que un superior jerárquico militar debe responder por graves crímenes ejecutados

por sus subordinados. Su esencia reside en que, incluso si el comandante no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, igual debe responder por los actos cometidos por sus subalternos si, pudiendo hacerlo, no evitó que estas ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los responsables (Uprimny & Guiza, 2017, p. 14). Además, tanto el derecho consuetudinario como las normas rectoras del derecho penal internacional han establecido los requisitos necesarios para que concurra la responsabilidad de mando. En esta ocasión se hará referencia a los elementos establecidos por el artículo 28 del Estatuto de Roma (1998), el cual señala que el superior, o el que actúe efectivamente como tal, será penalmente responsable por crímenes que hubiesen sido cometidos por sus subordinados bajo su control efectivo y cuando haya omitido medidas para prevenir la comisión de estos crímenes o no haya sancionado su ejecución.

Dicho estándar se encuentra parcialmente previsto en el acuerdo final de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP y, específicamente, en lo establecido en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición. Sin embargo, respecto al requisito de la existencia de un *control efectivo* por parte del superior, la reforma constitucional al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (Congreso de Colombia, 2017, Acto Legislativo 01), en el marco de la justicia transicional en Colombia, impone la concurrencia de elementos formales como, por ejemplo, la capacidad legal del superior para emitir órdenes, además de su capacidad material y directa para evitar o sancionar la conducta de los subalternos; esto, siempre y cuando tenga conocimiento actual o actua-

lizable de su comisión (Uprimny & Guiza, 2017, pp. 17-18).

En esa medida, el presente artículo busca evidenciar que la imposición de requisitos formales en la determinación del control efectivo del superior militar va en contra de estándares internacionales y en detrimento de los derechos de las víctimas. Para ello, indicaremos, en primer término, la relevancia de esta problemática para el derecho internacional y el derecho penal internacional, así como los efectos negativos que de allí se derivan; en segundo lugar, señalaremos que efectivamente el establecimiento de requisitos restrictivos limita la aplicación de estándares internacionales en materia de responsabilidad de mando, y, en tercer lugar, fundamentaremos a lo largo del texto que el control efectivo o ejercido *de facto* por un superior militar basta para imputar responsabilidad penal por graves crímenes, aspecto que se sustentará a partir de: 1) la teoría de la responsabilidad de mando del superior jerárquico, 2) la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder mediante dominio de organización y 3) la regulación jurídica de la responsabilidad de mando ejercida mediante el control efectivo o *de facto*. Finalmente, estableceremos unas conclusiones y una propuesta a manera de solución al problema.

Problema de investigación

En virtud de lo anterior, el problema de investigación se encauza en la siguiente pregunta:

¿La reforma constitucional al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (Congreso de Colombia, 2017, Acto Legislativo 01) es contraria a los estándares internacionales

al imponer la concurrencia de requisitos formales para determinar el control efectivo o ejercido *de facto* por parte de un superior militar?

Estrategia metodológica

En cuanto a la metodología, se partió de una amplia revisión bibliográfica que incluyó doctrina, jurisprudencia y análisis normativo con énfasis en la normativa y jurisprudencia de carácter internacional. Dicha revisión responde a la necesidad de resolver la problemática planteada y de dar fundamento al control efectivo o ejercido *de facto* por superiores militares y a su aplicación en el marco de la justicia transicional en Colombia.

Resultados de la investigación

En primera medida, cabe destacar que el problema de investigación planteado resulta relevante para el derecho internacional y el derecho penal internacional ya que la reforma constitucional al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, especialmente en lo que se refiere al control efectivo del superior militar, restringe la aplicación de normas internacionales vinculantes para Colombia, más aún cuando se debe propender por la ejecución de un acuerdo de paz concorde con los principios de justicia. Asimismo, esta investigación es relevante porque indaga sobre los efectos negativos y las graves implicaciones para el derecho internacional en torno a: primero, la definición de la situación jurídica de los procesados que comparecerán ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); segundo, el detrimento de los derechos de las víctimas, y, tercero, la emisión de sentencias judiciales

que busquen evadir de la justicia a superiores militares que ejercieron control efectivo, lo que legitimaría una eventual intervención de la Corte Penal Internacional.

En segundo lugar, se plantea y enfatiza que la reforma constitucional al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, al imponer la concurrencia de elementos formales, contraría e introduce límites a lo preceptuado por el derecho penal internacional. Así, en el caso de que un procesado no haya tenido mando legal para emitir órdenes, pero haya operado *de facto* como superior, ordenando o no evitando ni sancionando la ejecución de graves crímenes, a este no podría encontrarse como responsable por la notoria restricción de los requisitos aducidos, lo cual daría como resultado varios casos de impunidad.

En esa medida, el control efectivo o ejercido *de facto* por un superior militar basta para imputar responsabilidad penal por graves crímenes.

Teoría de la responsabilidad de mando del superior jerárquico

La responsabilidad de mando del superior jerárquico fue inicialmente desarrollada en los procesos que tuvieron lugar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; actualmente, esta doctrina ha sido aceptada como una de carácter consuetudinario y, por esa razón, debe aplicarse en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. De hecho, así fue reconocido por varios tribunales *ad hoc* para juzgar crímenes atroces cometidos en el marco de conflictos armados internos. Sin embargo, la regulación más detallada se encuentra en el artículo 28 del Estatuto

de Roma (1998), en el que se indica que la responsabilidad del superior jerárquico supone cinco elementos: 1) la condición de superior de la persona involucrada en crímenes contra los derechos humanos, 2) el control efectivo del superior sobre el subordinado, 3) el nexo de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes cometidos, 4) el elemento subjetivo, y 5) el no haber adoptado todas las medidas necesarias y razonables para prevenir o sancionar la comisión del crimen o ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes (Cote-Barco, 2016, pp. 62-63).

Así pues, y retomando los aspectos fundantes de la responsabilidad de mando de superiores jerárquicos, tenemos que, en los crímenes de grave implicación para los derechos humanos, la vinculación entre el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito surge de la intervención de una voluntad superior que marca el accionar de cada cual. Es así como pasan a tener relevancia las consideraciones acerca del sistema jerárquico y de mando en que estaba inserto cada hecho y el perpetrador de los crímenes. Por lo tanto, en principio le corresponde al superior la responsabilidad penal individual por los delitos que cometa en virtud de una política determinada (Szczeranski, 2004, p. 40).

Al respecto, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Núremberg involucra el aspecto de la responsabilidad internacional del individuo, mediante el cual se afrontó el problema de la falta de consenso de todos los Estados al momento de su formulación. No obstante, el estatuto abrió un importante hito sobre el desarrollo y la consolidación de la responsabilidad internacional del individuo (Pérez, 2008, pp. 211-215), más aún si se considera que la responsabilidad internacional dejó de

atribuirse de manera exclusiva a los Estados en tanto sujetos principales dentro del derecho internacional y pasó a ser atribuida a individuos que han perpetrado graves crímenes contra los derechos humanos en un determinado territorio; sin embargo, la obligación principal de juzgar a tales individuos no dejó de recaer en los propios Estados.

Asimismo, la responsabilidad del superior contiene dos conceptos distintos. Por un lado, hace referencia a la responsabilidad directa del superior militar, derivada de haber ordenado a sus subordinados la realización de actos ilícitos. En este escenario, el superior podrá ser encontrado responsable por acción, y el subordinado podrá atenuar la sanción o incluso no ser encontrado responsable, dependiendo de las circunstancias concretas. Por otro lado, la denominada responsabilidad del mando o del superior, desarrollada por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, es considerada como un principio de atribución de la responsabilidad individual a la luz del cual no se previenen o castigan los crímenes cometidos por los subordinados estando incluso en la posición para hacerlo. En ese caso, hay responsabilidad a título de omisión, no de acción; es decir, se juzga lo que el superior dejó de hacer, como el cumplimiento de sus deberes y su diligencia (Acosta & Arévalo, 2017, p. 252).

Bajo esta misma línea, y en lo que respecta al elemento subjetivo, el Estatuto de Roma, conforme con el derecho internacional consuetudinario, indica que solo se puede hacer responsable al superior de crímenes cometidos por el subordinado cuando se tuvo conocimiento de ello o al menos se debió tenerlo. De esta forma, la jurisprudencia acude a diversos

criterios para determinar bajo qué condiciones se considera que el superior debió haber sabido de la futura comisión delictiva del subordinado. Según el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el derecho internacional consuetudinario admite una presunción de desconocimiento imprudente siempre que el superior haya dispuesto de información. Así, los elementos para determinar la imprudencia se concretan y diferencian en el Estatuto de Roma (1998) de la siguiente forma: según el artículo 28 (punto I del literal a), es suficiente por lo que se refiere a los dirigentes militares que, en razón de las circunstancias del momento, hubiesen debido saber que un subordinado cometería un crimen de derecho internacional. Lo decisivo aquí es que el superior hubiera podido tener conocimiento de la comisión delictiva del subordinado en caso de haber ejercido correctamente sus deberes (Werle, 2005, pp. 231-232).

En este punto cabe señalar que la responsabilidad no se limita a situaciones en las que el jefe o superior jerárquico tiene un conocimiento real de los crímenes cometidos o que iban a cometer sus subordinados, sino que basta un conocimiento inferido. Esta noción se delimita cuando los superiores sabían o poseían información que les permitiera tener conocimiento de los hechos (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 635).

En suma, el superior militar es penalmente responsable como autor intelectual, instigador, determinador, cómplice o encubridor (Andreu-Guzmán, 2012, p. 10). De esta manera, con el desarrollo del presente artículo nos encontramos ante un escenario de atribución de responsabilidad desde la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder mediante dominio de organización

La teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, planteada en principio por Claus Roxin (2000), surgió por la necesidad de abordar problemas como la determinación de la responsabilidad penal de los diversos mandos directivos de una estructura jerárquica y organizada para la comisión de crímenes. Este abordaje se fundamenta en el marco de la autoría mediata, lo que es perfectamente identificable en el contexto colombiano en casos en los que el superior emite una orden criminal con el pleno conocimiento de que sus subordinados la ejecutarán. En estos casos, más allá de la interpretación que se haga de la ley vigente, es menester hacer énfasis en el desarrollo doctrinal y en su reflejo en la jurisprudencia para atender a principios propios del derecho penal. Así, si se focaliza la atención en esos aspectos, es posible evitar la impunidad por crímenes consumados a través de aparatos organizados de poder y que de ello devenga un hito, jurídicamente hablando, para el juzgamiento de crímenes cometidos por altos mandos y superiores jerárquicos, incluso antes de la entrada en vigencia de una ley que estipule dicha figura o de su adopción doctrinal y jurisprudencial cuando de crímenes de lesa humanidad se trata (Huertas, Amaya & Malte, 2013, p. 89).

Por ello, es necesario entender que la tesis sobre la autoría mediata solo puede comprenderse como la actuación de aquel autor que dentro de una organización rígidamente dirigida tenga autoridad para dar órdenes y la ejerza para causar realizaciones de este tipo (Roxin, 2000), además de que los elementos intencionales y

las motivaciones en la consecución del delito son personificados y puestos en práctica por el instrumento. De tal manera, el concepto de autoría mediata es inescindible a las características propias del contexto en la realización del delito y en la utilización de otro como instrumento.

En esa medida, para que se configure la autoría mediata, se debe cumplir con determinados requisitos y elementos (Velázquez, 2009, pp. 890-891):

- a. El dominio del hecho final social lo posee quien está detrás del instrumento: es necesario que el dominio del hecho lo tenga el llamado “hombre de atrás”, pues si lo posee el instrumento o lo comparte con aquel (su superior) o un tercero, se debe pensar en otra forma de concurso de las personas implicadas en el hecho punible.
- b. La subordinación del instrumento: el sujeto que es utilizado debe encontrarse subordinado al “hombre de atrás”, por lo que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir y referirse solo a él. Ese sometimiento puede darse por coacción, error, incapacidad de culpabilidad o actuación de buena fe del instrumento.
- c. Existencia de un hecho doloso: es indispensable, además, que se trate de un hecho doloso, pues esta figura no es admisible en los casos culposos o imprudentes en los que no existe dominio del hecho.
- d. Que el tipo penal no requiera un autor idóneo: debe tratarse de una descripción típica que no requiera realización corporal o personal de la acción típica por parte del autor, como, por ejemplo, actuaciones de propia mano.
- e. Como mínimo, un actuar con trascendencia penal: el instrumento debe realizar una conducta penalmente relevante, ya que, si en su actuar se presenta una de las causas de inexistencia, se descarta la figura de la autoría mediata.

Ahora bien, para hablar de la atribución de responsabilidad desde la autoría mediata en aparatos organizados de poder, delimitaremos el concepto de *control efectivo* a partir de la teoría del *dominio de la voluntad* y mediante un aparato de poder organizado planteado por Claus Roxin. Según el doctrinante, la teoría consiste en la utilización de un conjunto de personas jerárquicamente organizadas por parte del “hombre de atrás” —o, para lo que nos atañe, del superior militar— con el fin de cometer graves crímenes y con la capacidad de delegar su realización material a subalternos bajo su mando (Faraldo, 2004, p. 27). De esta forma, el control se hace efectivo cuando el superior militar tiene la capacidad de dominar la voluntad del subalterno en torno a una organización, ya sea que esta se encuentre acorde a la legalidad o al margen de ella, y, en consecuencia, cuenta con los dispositivos necesarios para la ejecución de graves crímenes; por lo tanto, y en esta situación, al superior se le vería claramente comprometida su responsabilidad.

Así pues, se destaca que de la responsabilidad penal individual deriva la responsabilidad penal del dirigente o superior en virtud de un aparato organizado de poder. En lo que respecta a los requisitos de la existencia de responsabilidad del superior o por mando, en los casos Čelebići y Blaškić, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estipuló los siguientes aspectos: 1) existencia de una

relación superior-subordinado, 2) el conocimiento del superior o que este tuviera razones para conocer que el acto se iba a cometer o ya se había cometido y 3) el fracaso del superior para tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar a su autor. De esta manera, el tribunal sostuvo que individuos en posiciones de autoridad pudieron incurrir en responsabilidad penal sobre la base de su posición *de facto*, al igual que *de iure*, como superiores. De modo similar, una posición de mando no puede ser determinada solo por referencia a un estatus formal, sino por la posesión actual, o no posesión, de poderes de control sobre las acciones de los subordinados (Ambos, 2006, p. 149).

En ese entendido, la teoría de la autoría mediata expone la forma en la que se utiliza a otra persona que actúa con voluntad viciada por error, por coacción o por tratarse de un inimputable, de manera que esta teoría atribuye responsabilidad a quien se encuentra detrás del hecho, lo cual supone mayor responsabilidad a medida que se asciende en la pirámide de mandos (Adler, 2018, p. 41). Así, la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se determina a partir de la concurrencia de tres requisitos (Suárez, 2010, p. 18):

- 1) el dominio de la organización por los autores mediatos,
- 2) la fungibilidad de los ejecutores materiales y
- 3) la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder.

Esta forma de atribución de responsabilidad responde a una lógica de emergencia que la comunidad internacional puede clamar frente a hechos de gravedad contra los derechos

humanos (Gutman & Rieff, 2003, p. 29). A su vez, como desarrollo de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, surge la tesis del *dominio del hecho*, que considera que la calidad de autor es conferida por la titularidad de la facultad de disponer de la ejecución del hecho, interrumpirlo o abandonarlo. Esta autoría se basa en el dominio final del hecho, es decir, el dominio del hecho lo tiene quien concretamente dirige la totalidad del acto a un fin determinado, por lo que el autor es quien tiene el dominio del desarrollo del proceso ejecutivo y el dominio de la voluntad de la persona que es instrumentalizada al ser usada como medio de configuración del delito (Márquez, 2009, p. 3).

Según Pariona (2009), las primeras reflexiones sobre esta problemática vienen de la doctrina alemana, pues la antigua teoría formal admitía una autoría mediata siempre y cuando el ejecutor directo no fuera autor, lo que implicaba la imposibilidad de la figura del autor detrás del autor. La teoría subjetiva, contraria a la anterior posición, admitía la posibilidad de la figura e incluso la consideraba como una consecuencia necesaria puesto que el “hombre de atrás” siempre evidencia un *animus auctoris*.

Por su parte, Claus Roxin (2000) establece que en el dominio del hecho como elemento determinante de la autoría mediata pueden confluir tres formas en las que un hecho puede ser dominado sin que el autor lo ejecute materialmente: en primera medida, cuando el autor mediato puede obligar al ejecutante; segundo, cuando puede engañarlo, y, tercero, cuando puede dar órdenes a través de un aparato organizado de poder, lo que asegura la comisión del delito y de las órdenes aun sin recurrir al engaño o a la coacción, sino por

la posición jerárquica que el aparato mismo desarrolla. Esta última forma se refiere a la actuación del autor, quien es el único con autoridad para dar órdenes dentro de una organización rígidamente dirigida y la ejerce para causar realizaciones del tipo, es decir, a través del *dominio de organización*.

Así, según Kai Ambos (1998), el autor tiene a su disposición todo el aparataje para la ejecución del delito, lo que se traduce en que será autor mediato cualquiera que tenga a su disposición el aparato organizado de poder de tal forma que pueda dar órdenes a personas subordinadas a él valiéndose de semejante facultad para la realización de acciones punibles. En consecuencia, vale decir que la autoría mediata no se limita al dominio del hecho ni al dominio de la voluntad, sino que bien puede expresarse a través del dominio de la organización, pues, según Roxin (2006), el aparato organizado de poder está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al “hombre de atrás” el dominio sobre el resultado.

En esa medida, tanto el ejecutor como el “hombre de atrás” poseen distintas formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. Evidentemente, el ejecutor o autor material del delito poseerá el dominio de la acción, el cual se derivará de la consumación de un determinado acto del hecho. El “hombre de atrás” tiene, por su parte, el dominio de la organización, es decir, la posibilidad de influir, como garantía de certeza, en la producción de un resultado sin haber ejecutado el hecho de propia mano, solo valiéndose del aparato de poder a su disposición (Ambos, 2008, p. 276).

Según Roxin (2006), la fundamentación de la autoría mediata por dominio de organización se cimienta en varios puntos importantes, los cuales son, acorde con lo anteriormente dicho, indispensables para una comprensión global de la inclusión de esta teoría a la aplicación jurídica. Para el autor, aquellos que rechazan la adopción de la existencia de autoría mediata optan por fundamentar la solución por vía de la coautoría o la inducción. Así pues, Roxin considera que pueden descartarse las razones de quienes no defienden ni apoyan la teoría del autor detrás del autor a partir de los planteamientos que serán presentados a continuación.

El instrumento: en primera instancia, estamos frente a un instrumento que le permite al “hombre de atrás” la ejecución de sus órdenes, pero tal instrumento no solo se conforma por aquel que ejecuta directa y materialmente el delito, y este quizá ni siquiera es el instrumento, sino más bien una función de este. No existe una relación autor-ejecutor, sino autor-instrumento, en la que el ejecutor no cumple un papel indispensable para la ejecución del delito por su carácter cambiante o fungible. Ahora bien, en palabras de Roxin (2006):

El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide (Roxin, citado en Ambos, 2008, p. 274).

Visibilidad del dominio: tanto el ejecutor como el “hombre de atrás” poseen distintas formas del dominio del hecho que no se excluyen entre sí. Evidentemente, el ejecutor o autor material del delito poseerá el dominio de la acción, el cual se derivará de la consumación de un determinado acto del hecho. El “hombre de atrás” tiene, por su parte, el dominio de la organización, lo que se traduce en la posibilidad de influir, como garantía de certeza, en la producción de un resultado sin haber ejecutado el hecho de propia mano y valiéndose del aparato de poder que está a su disposición (Ambos, 2008, p. 276).

Certeza de resultado: para Roxin, se necesita observar detenidamente cada caso concreto a fin de determinar una conclusión o juicio preciso de autoría mediata. No se puede deducir autoría y dominio del hecho a partir de cualesquiera déficits del instrumento, como existen, por cierto, en el dominio mediante coacción y error del instrumento, sino que hay que fundamentar positivamente la posible autoría a partir de la posición del autor en todo el suceso. Esto significa, en el caso concreto de la dirección de la organización, que el dominio del hecho del “hombre de atrás” se basa en que puede, a través del aparato que está a su disposición, producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto del dominio mediante coacción y error (Ambos, 2008). En otras palabras, el autor de esta teoría hace un llamado a una evaluación del contexto en la que puede evidenciarse, en adición a los elementos expuestos, que existe una altísima —quizás total— certeza de que se llegará a un resultado mediante la instrumentalización de la organización misma que, como hemos analizado, ya no depende de la finalidad

del ejecutor (por su carácter fungible), sino que estará mediada por la funcionalidad del aparato de poder (Huertas, Amaya & Malte, 2013, p. 95).

Actuación al margen de la legalidad: Roxin (2000) ahonda en la complementación del anterior presupuesto, por lo cual ha establecido un comodín condicionante que él mismo denomina “limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad”.

En principio, Roxin parte de la existencia de un ordenamiento jurídico que prohíbe la actuación delictiva de un aparato organizado, y por tanto, reglado institucionalmente:

De la estructura del dominio de la organización se deduce que este solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos. Las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás (Ambos, 2008, p. 277).

Regulación jurídica de la responsabilidad de mando ejercida mediante control efectivo o *de facto*

Respecto a la responsabilidad del superior jerárquico ejercida mediante control efectivo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha señalado que la norma consuetudinaria

número 153, aplicable a todo conflicto armado, contiene un importante referente en el que los mandos superiores son penalmente responsables de cometer crímenes de guerra si sabían o debían haber sabido que estos se estaban ejecutando por sus subordinados y omitieron medidas para evitarlo o sancionar su ejecución. Asimismo, en estos casos, los superiores militares deberán responder penalmente debido a su competencia jurídica (*de iure*) o fáctica (*de facto*) para así influir en la conducta y la voluntad de sus subordinados (Ramelli, 2011, p. 573).

De lo anterior se deriva el problema central que se presenta en esta oportunidad. Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en los casos de la Fiscalía vs. Radoslav Brđanin (2004, IT-99-36-T), la Fiscalía vs. Blagojevic y Jokic (2005, IT-02-60-T) y la Fiscalía vs. Zejnir Delalić y Zdravko Mucić (1998, T-96-21-T), el ejercicio de un control efectivo implica la capacidad material de impedir o sancionar un comportamiento criminal de los subordinados. Igualmente, estimó que la relación de subordinación se caracteriza por un vínculo jerárquico, ya sea formal o informal, entre el superior y el subordinado, y cuya existencia se puede dar *de iure* o *de facto*, por lo que no se hace necesario que la relación de subordinación sea oficial. Siguiendo esta lógica, un superior que ejerce un control efectivo o *de facto* y que no fue oficialmente nombrado o encargado puede ver su responsabilidad penal comprometida.

En los mismos términos, la Corte Penal Internacional (Sala Preliminar II, 15 de junio de 2009), en el caso contra Jean Pierre Bemba (caso n.º ICC-01/05-01/08), señaló que la locución “el que actúe efectivamente como

jefe militar”, del artículo 28 del Estatuto de Roma (1998), abarca más ampliamente las demás personas que no han sido nombradas oficial o legalmente para ejercer funciones de comando militar pero que de hecho ejercen tal función a través de una cadena de mando o bajo un aparato organizado de poder y que, por ende, estas son asimilables a los “jefes militares”. Cabe destacar que, dentro de esta categoría, la corte incluyó a los superiores de fuerzas —no militares— de seguridad de un Estado, las fuerzas irregulares, las estructuras paramilitares y los grupos armados de oposición (Andreu-Guzmán, 2012, p. 43).

Ahora bien, en relación con los argumentos esbozados y las implicaciones para Colombia, la reforma al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición debió acoger los criterios dados por la doctrina, la normativa y la jurisprudencia internacional. De manera que, si los principios que fundan el acuerdo final de paz están basados en estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), resulta un contrasentido desconocerlos mediante criterios restrictivos. Es necesario, entonces, destacar que la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-1184 de 2001, basada en el artículo 28 del Estatuto de Roma (1998), haya considerado que el miembro de la fuerza pública que ostente autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que los subordinados bajo su control efectivo realicen conductas violatorias a los derechos humanos. En igual medida, mediante Sentencia C-578 de 2002, la corte señaló que en Colombia la responsabilidad del superior tiene cabida respecto del jefe militar, ya sea oficial o *de facto* (Ramelli, 2011, pp. 578-579). Así, el

sujeto o agente del concepto de la responsabilidad del superior, tal y como lo entiende el artículo 28 del Estatuto de Roma (1998), es el superior que tiene autoridad y control efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su estatus formal (Ambos, 1999, p. 572).

Finalmente, en un contexto de justicia transicional en el que las autoridades se enfrentan al juzgamiento de violaciones masivas, es necesario que las investigaciones judiciales se orienten en conformidad con una perspectiva sistémica, pues, de este modo, la verdad que surja de los procesos judiciales puede contribuir a la construcción de una verdad más comprensiva (Uprimny, Sánchez & Sánchez, 2014, p. 107).

Conclusiones

Con todo, se evidencia que la concurrencia de elementos formales sobre el control efectivo del superior militar en la reforma constitucional a la JEP es contraria al derecho penal internacional y a normas vinculantes para Colombia, ya que la implementación de criterios restrictivos resulta en detrimento de la justicia y de los derechos de las víctimas. De igual forma, ello implica el desconocimiento de situaciones en las que el control efectivo opera, en muchos casos, *de facto* y sin ningún tipo de naturaleza formal, o *de iure*. En síntesis, una solución viable consistiría en que los magistrados de la JEP analizaran el contexto de cada caso en concreto para así materializar la primacía de criterios internacionales y, de esta forma, dar aplicación a los principios que fundan los contenidos del acuerdo final de paz sobre el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Referencias

Bibliográficas

- Acosta, J. & Arévalo, C. (2017). Constitucionalización del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando. *Cuadernos de Estrategia*, 189, 233-264. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6304825>
- Adler, D. (2018). *Autoría y delitos contra la humanidad*. Mar del Plata: Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Eudem).
- Ambos, K. (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho; Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 52. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298290.pdf>
- Ambos, K. (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- Ambos, K. (2008). ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional? Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- Andreu-Guzmán, F. (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes*

- internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada.* Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Cote-Barco, G. (2016). Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional? *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 14(28), 49-112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-28.rsjr>
- Faraldo, P. (2004). *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gutman, R. & Rieff, D. (2003). *Crímenes de guerra, lo que debemos saber.* Barcelona: Random House Mondadori.
- Henckaerts, J. & Doswald-Beck, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario.* Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Huertas, O., Amaya, C. & Malte, G. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Revista Opinión Jurídica*, 12(23), 81-98. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/569/514>
- Márquez, Á. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal: formas de instrumentalización.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Pariona, R. (2009). *Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación.* Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Pérez, J. (2008). *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra.* Lima: Ara Editores.
- Ramelli, A. (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia.* Bogotá: Universidad de los Andes.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2006). El domino de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*, 7, 11-22. Recuperado de <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20MEDIATA.pdf>
- Suárez, C. (2010). Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de derecho comparado. *Revista Análisis Internacional*, 2, 9-54. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/16/23>
- Szczaranski, C. (2004). *Culpabilidad y sanciones en crímenes contra los derechos humanos.* Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Uprimny, R., Sánchez, L. & Sánchez, N. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada.* Bogotá: Dejusticia. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_363.pdf
- Uprimny, R. & Guiza, D. (2017). *Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la jurisdicción especial para la paz y regula el tratamiento especial a fuerza pública.* Bogotá: Dejusticia.

Velázquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general*. Bogotá: Librería Jurídica Comlibros.

Werle, G. (2005). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudenciales

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia SU-1184. [MP. Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-578. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Penal Internacional, Sala Preliminar II. (15 de junio de 2009). Caso n.º ICC-01/05-01/08. [Procurador Jean Pierre Bemba Gombo].

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (1998). Fiscalía vs. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić. Radicado n.º IT-96-21-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primaria Instancia. (2005). Fiscalía vs. Blagojevic y Jokic. Radicado n.º IT-02-60-T.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sala de Primera Instancia II. (2004). Fiscalía vs. Radolav Brdanin. Radicado n.º IT-99-36-T.

Normativas

Congreso de Colombia. (2017). Acto Legislativo 01. *Procedimiento legislativo para la paz*.

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (17 de julio de 1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [A/CONF.183/9]. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/type,INTINSTRUMENT,,50acc1a12,0.html>