

UNIVERSIDAD MILITAR  
NUEVA GRANADA



RESPONSABILIDAD POR MANDO Y CONTROL EFECTIVO EN LA  
JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

FLAVIO BERNARDO DURAN RAMÍREZ

Trabajo para optar por al Título de Magister en Derecho Procesal Penal

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL  
BOGOTÁ D.C.  
2017

## **RESPONSABILIDAD POR MANDO Y CONTROL EFECTIVO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)**

Flavio Bernardo Duran Ramírez<sup>1</sup>

### **Resumen**

Durante el segundo semestre de 2016 se firmaron los Acuerdos de Paz de La Habana entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) con el objetivo de terminar el conflicto armado que azotó al país durante más de cincuenta años, tiempo en el cual se cometieron crímenes de lesa humanidad; mediante el Acto Legislativo 01 de abril de 2017 el Congreso establece que se debe castigar a los culpables, sin embargo en una contienda con un desarrollo tan complicado es difícil establecer quiénes cometieron estos delitos y, aún más, determinar quiénes dieron las órdenes de su cumplimiento y bajo qué condiciones.

El presente artículo pretende definir y determinar la aplicabilidad y viabilidad de los términos “responsabilidad por mando” y “control efectivo” para los agentes del Estado, aportando al tema en el marco de una sustentación jurídica, mediante la investigación de los antecedentes legales (Estatuto de Roma, Convenios de La Haya) e históricos (Ex-Yugoslavia, Ruanda) de estas expresiones, y su pertinencia y validez dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

### **Palabras claves**

Responsabilidad por mando, control efectivo, Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Comisión por omisión.

---

<sup>1</sup> Abogado y Especialista en Derecho Penal Procesal de la Universidad Gran Colombia. (Bogotá, Colombia). Teniente Coronel en uso de buen retiro. Actualmente Coordinador del Grupo Operativo de Capturas - Subdirección Seccional Cuerpo Técnico de Investigaciones – Bogotá.

## **Abstract**

During the second semester of 2016, the Havana Peace Agreements between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) were signed with the aim of ending the armed conflict that hit the country for more than fifty years, time that the which crimes against humanity were committed; Through the Legislative Act April 1, 2017 the Congress states that the guilty parties must be punished, in contention with such a complicated development it's too difficult to establish who committed these crimes and, even more, to determine who gave the orders of compliance and under what conditions.

This article aims to define and determine the applicability and viability of the terms "responsibility by command" and "effective control" for State agents, contributing to the subject within the framework of legal support, through the investigation of legal background (Statute of Rome, The Hague Conventions) and historical (Ex-Yugoslavia, Rwanda) of these expressions, and their relevance and validity within the Special Jurisdiction for Peace (JEP).

### **Keywords:**

Responsibility by command, effective control, Special Jurisdiction for Peace (JEP), commission for omission.

## Introducción

El 26 de septiembre de 2016 se firmaron los Acuerdos de Paz de La Habana entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) poniendo fin a un conflicto armado que desangró al país durante más de cincuenta años y dejó más de ocho millones de víctimas a lo largo y ancho del territorio nacional (Portafolio, 2017). Este Acuerdo, arduo y prolongado, fue resultado de unos diálogos entre las partes, los cuales se ampliaron por más de cuatro años y posibilitaron la terminación de los actos hostiles por parte de las FARC y de las Fuerzas Armadas de Colombia.

Durante el transcurso del mencionado conflicto se cometieron actos atroces por parte de los actores involucrados, incluyendo torturas, violaciones, desplazamientos, desapariciones forzadas, etc., los cuales están tipificados como crímenes de lesa humanidad por la Corte Penal Internacional (CPI); al finalizar el conflicto mediante el Acto Legislativo 01 de abril de 2017 el Congreso establece que se debe castigar a los culpables, sin embargo en una contienda con un desarrollo tan extendido y complicado es difícil establecer quiénes cometieron estos delitos y, aún más dispendioso de determinar quiénes dieron las órdenes de su cumplimiento y bajo qué condiciones.

El mecanismo que el gobierno de Colombia implementó para allanar este obstáculo fue constituir un nuevo modelo de justicia, denominado Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), el cual se encargará, mediante los Tribunales de Paz, de hacer efectiva la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de violaciones a los derechos humanos después de terminado el conflicto con las FARC, especificando a través del Acto Legislativo 01 que la JEP:

Conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de

diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos (Congreso de Colombia, 2017).

Al respecto, según el Acuerdo de La Habana, para determinar quiénes son los responsables de los delitos se tendrá que demostrar quiénes tenían el “control efectivo” de los combatientes que los cometieron; si los superiores jerárquicos tenían información precisa o conocimiento acerca de si sus subordinados iban a actuar de esa forma, o si tenían a su disposición los medios para evitar que ocurriera lo sucedido.

A diferencia de lo que establece la jurisprudencia internacional, el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en su acápite II: *Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales*, afirma: “En ningún caso la responsabilidad del mando se podrá fundar exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción” (Congreso de Colombia, 2017), además está consignado que “Para la imposición de la sanción los responsables máximos, por responsabilidad de mando, deberán ser identificados individualmente”; produciéndose entonces un debate, jurídico e ideológico, entre defensores y opositores de cada lado.

Surgen entonces dos términos supremamente importantes al momento de establecer responsabilidades en la Justicia Penal Militar, a saber: “responsabilidad por mando” y “control efectivo”, los cuales permiten definir con certeza la responsabilidad real e individual en los actos cometidos por los integrantes de las Fuerzas Militares, los términos en mención han sido objeto de discusión jurídica en el ámbito Internacional e incluidos en la legislación colombiana mediante la

suscripción al Estatuto de Roma y Convenios de La Haya, los cuales fueron aplicados en conflictos internos de otros países, como es el caso de Yugoslavia y Ruanda.

En el mismo sentido, las operaciones de las Fuerza Militares de Colombia se rigen por el Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares, “el cual regula la conducción de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de guerra, transición, estabilización o paz” (Comando General de las Fuerzas Militares, 2015), pudiéndose de esta manera llevar a cabo una comparación de la normatividad internacional con la colombiana.

Lo anteriormente planteado conduce a la elaboración del presente proyecto, el cual se propone definir y determinar la aplicabilidad y viabilidad de los términos “responsabilidad por mando” y “control efectivo” para los agentes del Estado, aportando al tema en el marco de una sustentación jurídica, mediante la investigación de los antecedentes legales (Estatuto de Roma, Convenios de La Haya) e históricos (Ex-Yugoslavia, Ruanda) de estas expresiones, y su pertinencia y validez dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

#### **A. Responsabilidad por mando y control efectivo**

El Derecho Penal Internacional ha propendido porque, en lo que respecta a delitos de lesa humanidad, se responsabilice no solamente al autor mediato sino también a la persona que tenga el poder de mando, es decir al superior jerárquico de la persona o personas que cometieron el delito, como lo plantea la Teoría del Dominio del Hecho de Hans Welsel, desarrollada y complementada luego por el distinguido jurista alemán Claus Roxin (2016).

Al respecto en Colombia, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para

la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones, en su Artículo transitorio 24, que versa sobre la Responsabilidad del mando, a la letra dice:

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

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

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

subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión (Congreso de Colombia, 2017, p. 18).

Es decir el superior jerárquico es responsable tanto por acción como por omisión de los hechos punibles llevados a cabo por la tropa, lo cual acarrea un grave compromiso para los comandantes y propicia que un superior tenga que responder por hechos que *hubiera debido saber* o que *tuviera razones para saber*, incurriéndose en el llamado “conocimiento inferido”, que se refiere a aquellos casos en los cuales no puede probarse que el superior tenía conocimiento de unos actos ilícitos pero logra demostrarse que, dadas las circunstancias y la información que tenía de antemano, debía haber concluido que tales acontecimientos estaban sucediendo.

## **B. Antecedentes**

De acuerdo con la doctrina del Ejército de Estados Unidos la responsabilidad por mando es: “la obligación legal y ética que asume un comandante por las acciones, logros, o fracasos de una unidad”<sup>2</sup> (Smidt, 2000, p. 165); en el Derecho Internacional la responsabilidad por mando (también conocida como “responsabilidad de mando”<sup>3</sup>, “estándar Yamashita”<sup>4</sup> o “estándar de Medina”<sup>5</sup>) es una figura que establece las circunstancias bajo las cuales un comandante militar debe responder por los hechos atroces cometidos por sus subordinados; en ella se plantea que incluso si el comandante no ordenó ni participó en esos hechos, igualmente debe responder por los actos cometidos por sus subalternos si, pudiendo hacerlo, no evitó que éstos ocurrieran o se abstuvo de sancionar a los

---

<sup>2</sup> Traducción del autor.

<sup>3</sup> En inglés “command responsibility”. Kai Ambos (2005) propone el término “responsabilidad del superior” pues es más amplio, pero este incluye a personal civil en representación del Estado, mientras que el término “responsabilidad por mando” está enfocado principalmente a mandos militares (En esta forma fue adoptado por el Estatuto de Roma).

<sup>4</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, caso Yamashita, decisión de 4 de febrero de 1946.

<sup>5</sup> Smidt, M. 2000. Yamashita, Medina, and beyond: command responsibility in contemporary military operations. In: Military Law Review. Vol. 164.



responsables (por omisión al no hacer nada, aun conociendo del asunto, o por no castigar a los responsables).

En cuanto a la definición de “control efectivo” ésta es un poco escurridiza en la literatura penal y en muchos casos se da por sobreentendida, sin determinarse específicamente a qué se refiere; una fiscal de CPI recientemente ha señalado que “—con arreglo a la jurisprudencia de la CPI— el estándar de “control efectivo” sólo exige probar que el comandante tenía la capacidad material de prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados” (Bensouda, 2017).

La misma fiscal Bensouda añade: “La pregunta de si un comandante ejercía mando o control efectivo se responde simplemente con preguntarse si el superior tenía capacidad material de prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados” (Bensouda, 2017).

La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en la acusación contra Jean Pierre Bemba Gombo, opina que el “control efectivo” comprende:

La capacidad material de prevenir, castigar o denunciar la comisión de delitos, y la infracción de dichas capacidades de control, da lugar a la responsabilidad penal, satisfechos asimismo otros requisitos. El control efectivo no puede establecerse cuando tan sólo existe una mera “influencia” sobre los subordinados, tal y como la jurisprudencia del TPIY determinó en su momento (Decisión sobre la confirmación de los cargos en Bemba Gombo) (Corte Penal Internacional - Sala preliminar II, 2009, párr. 455).

Históricamente la primera propuesta hecha para reglamentar internacionalmente el principio de responsabilidad de mando fueron los Convenios de la Haya de 1907, teniendo su antecedente en la Convención de La Haya de 1899;

no obstante estos no establecen explícitamente la responsabilidad por mando, pero describen la idea de que un superior responda por las acciones de sus subordinados, e igualmente proponen que los superiores jerárquicos militares deben asegurar que la tropa bajo su mando actúe conforme con el Derecho Internacional, y en caso de fracasar en dirigirlos de acuerdo con el mencionado Derecho, los estados respectivos pueden ser considerados como responsables.

Jurídicamente, el primer tratado internacional en codificar integralmente la responsabilidad por mando fue el Protocolo I Adicional (AP-I) (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949, que en su artículo 87 obliga a un comandante a “evitar, y cuando sea necesario, suprimir y reportar a las autoridades competentes” cualquier violación a las Convenciones del AP-I, y en su artículo 86 por primera vez emite una cláusula que “explícitamente manejará el factor de conocimiento de la responsabilidad por mando” (ratificado por Colombia en 1992) (Rey, 2014).

## **I. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**

En el año 1998 en la ciudad de Roma los países adscritos a las Naciones Unidas deciden establecer una Corte Penal Internacional para juzgar a los responsables de delitos:

Que afectan al mundo entero, tales como genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Muchos sintieron que este acuerdo tenía tanta importancia como la misma aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y el Secretario General, Kofi Annan, la consideró como "un paso gigantesco en favor de los derechos humanos universales y del imperio de la ley" (Naciones Unidas, 1998).

Al respecto del tema en cuestión, el Estatuto de Roma, en su Artículo 28 “Responsabilidad de los jefes y otros superiores”, establece que:

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

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 sumando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

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

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

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

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que

los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

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

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (Naciones Unidas, 1998, p. 15).

Entonces Según el Derecho internacional deben concurrir tres condiciones para que se considere la responsabilidad de mando, que el superior:

- a) Tenga conocimiento de las atrocidades de sus subalternos
- b) Goce de mando efectivo sobre ellos, y
- c) Deje de tomar las medidas razonables y necesarias para evitar o sancionar dichas conductas.

Cabe resaltar en este punto que el Estatuto de Roma es el estándar internacional sobre responsabilidad por mando, y en él también se destaca en cuanto a responsabilidad del superior: lo que los mandos deberían haber sabido o tenían razones para saber.

## **II. Tribunal Internacional de Núremberg**

Los procesos de Núremberg fueron un conjunto de juicios llevados a cabo por los países que resultaron ganadores luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, en ellos se determinó la responsabilidad de dirigentes, funcionarios y

colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los crímenes contra la humanidad cometidos en nombre del Tercer Reich Alemán durante la Segunda Guerra.

La tipificación de los crímenes establecida por los tribunales y los fundamentos jurídicos de su constitución representaron un gran avance, empleado posteriormente por las Naciones Unidas para el desarrollo de una jurisprudencia específica internacional en materia crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

No obstante en el Tribunal de Núremberg se aplicó un sistema de atribución o imputación de responsabilidad penal en el cual solamente era necesario sostener que el sujeto era responsable de cierto resultado penal, porque de alguna u otra manera había contribuido a su resultado, las reglas de imputación eran solo de interés secundario (Ambos, 2009)

En Sentencia del 1º de octubre de 1946 sostiene:

Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse efectivas las normas del derecho internacional (International Military Tribunal, 1946).

### **III. Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia**

Este tribunal se conformó en el año de 1993, mediante la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para perseguir y juzgar a los responsables de violaciones al Derecho Internacional Humanitario acaecidas en la Ex Yugoslavia, desde 1991.

La misión de este Tribunal es:

- Juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho humanitario internacional
- Procurar justicia a las víctimas
- Evitar crímenes futuros
- Contribuir a la restauración de la paz promoviendo la reconciliación en la ex Yugoslavia (Naciones Unidas, 2000).

Al respecto de responsabilidad de mando, en su Artículo 7 opina:

1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto 21, es individualmente responsable de dicho crimen. 2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena. 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 a 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.*** 4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia (CICR, 1993, párr. 12).

Como se puede apreciar en este caso también se enfatiza en la responsabilidad de mando, y en la apreciación de si el superior “sabía o tenía

razones para saber” acerca de los actos que realizó su subordinado, y nuevamente sale a flote la pertinencia de la responsabilidad por acción y omisión.

#### **IV. Tribunal penal internacional para Ruanda**

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) creado mediante la Resolución 955 por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 8 de noviembre de 1994; su objetivo es contribuir al restablecimiento y mantenimiento de la paz, así como a la reconciliación nacional, mediante el enjuiciamiento de los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de Ruanda, así como de ciudadanos ruandeses supuestos responsables de tales actos y de otras violaciones perpetrados, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (Aptel, 1997).

Kay Ambos en su libro “Estudios de Derecho Penal Internacional” establece que:

La responsabilidad depende del “**grado de autoridad**” sobre los subordinados, el cual a su vez está basado sobre el control *de jure* y/o *de facto*, resultando la existencia de este último decisiva. La capacidad material para **controlar las acciones de los subordinados** es la piedra de toque de la doctrina de la responsabilidad del superior; ella está “inherentemente ligada a la situación fáctica” en cada caso concreto (Ambos, 2004, p. 214).

Nuevamente se puede apreciar la importancia que tiene en esta cita los términos resaltados que tienen que ver con la responsabilidad por mando y con el control efectivo.

#### **C. Responsabilidad por mando en Colombia**

En Colombia las Fuerzas Militares están conformadas por el ejército, la fuerza aérea, y la armada, tal como lo establece la Constitución Nacional en su Artículo 217, y su misión es “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (Asamblea Nacional Constituyente, 2015, p. 61), teniendo siempre presente el acatamiento del Derecho Internacional.

Para llevar a cabo dicha función constitucional las fuerzas militares son capacitadas de acuerdo con una instrucción castrense, siguiendo una estricta disciplina y respetando una jerarquía, la cual es determinada por los respectivos rangos obtenidos mediante ascensos en la carrera militar; en este orden de ideas para el cumplimiento de una orden o misión el mando se sucede en ese mismo orden jerárquico descendente yendo desde el jefe máximo de las Fuerzas Militares, que en el caso de Colombia es el Presidente de la República, y pasando por sus subalternos, es decir Ministros, Comandantes, etc., de acuerdo con la Ley 102 de 1944 (Congreso de la República, 1944).

Al respecto la Sentencia C-407 de 2003 establece:

[...] ocupa lugar fundamental la existencia de una jerarquía estricta y la aplicación también estricta de la relación de mando-obediencia, prevista en el Artículo 91 de la Constitución, conforme al cual en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, la responsabilidad, por excepción, recaerá únicamente en el superior que da la orden. Ello explica, en el orden legal, la existencia de los delitos contra la disciplina, propios del estamento militar, señalados en los Arts. 112 a 120 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) en las modalidades de insubordinación, desobediencia y ataque o amenaza al superior (Corte Constitucional, 2003).



Así mismo la Constitución Nacional, en su Artículo 223, establece que para cumplir con la defensa del orden institucional el Gobierno es el único autorizado para introducir y fabricar armas, y que solamente “los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale” (Asamblea Nacional Constituyente, 2015).

Sin embargo, la utilización de las armas por parte de las fuerzas militares está subordinado al respeto del Derecho Internacional Humanitario, por el cual sólo se podrá hacer uso de dichas armas acatando los principios de humanidad establecidos en la *lex specialis*<sup>6</sup>.

Ahora bien, el Decreto 124 de 2014, en su Artículo 4, describe al derecho operacional como:

La integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la Fuerza Pública (Presidencia de la República, 2014)

El cual administra y maneja la realización de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de guerra, transición, estabilización o paz, en cuanto tiene que ver con el empleo de la fuerza, principalmente a través de dos medidas puntuales, por un lado limitando el uso de la fuerza y enseñando a los miembros de la Fuerza Pública la importancia de planear adecuadamente sus operaciones militares, y por otra parte, generando límites fundamentales frente a la aplicación de la fuerza en

---

<sup>6</sup> El principio de *lex specialis derogat legi generali*, según el cual, en caso de un conflicto de normas, se aplica la norma más específica y no la más general.

cualquier tipo de circunstancia fáctica; no obstante, no está diseñado para evitar operar, sino para saber cumplir los deberes constitucionales, ya que el monopolio del uso de la fuerza se encuentra en cabeza de las Fuerzas Armadas por mandato soberano del pueblo, y es su deber utilizarla cuando se requiera (Ejército de Colombia, 2016).

Retomando lo dicho anteriormente, el respeto de la jerarquía y de la relación “mando-obediencia” posibilita y hace factible el cumplimiento de las órdenes recibidas por un superior; pero ¿se debe seguir ciegamente la orden emitida por un superior jerárquico? La Corte Constitucional en Sentencia C-578 de 1995 opina al respecto:

Se considera indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense (Corte Constitucional, 1995),

Y en oposición a la pregunta anterior, surge una contra pregunta: ¿cuál es la responsabilidad de un superior por los actos cometidos por un subordinado?

Al respecto vale la pena citar la Sentencia SU 1184 de 2001:

En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades (Corte Constitucional, 2001).

La misma Corte dictamina, en su sabiduría, con respecto al Fuero Penal Militar, en su aparte entre el Vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio y la oportunidad cuando se considera un acto fuera del servicio:

Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado". Respecto de esta regla, la Corporación precisó que la conducta debía ser realizada dentro del marco de actividades que le corresponden, por norma, a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. De esta manera se excluyen de dicha jurisdicción, los actos cometidos por personal militar en ejercicio de actividades no vinculadas con el servicio. De otra parte, se indicó que la existencia de dicho vínculo desaparecía cuando el agente ab initio tenía un propósito criminal. En tales casos, el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva.

[...]

¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La Respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que ab initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las

graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario ( un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales. Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa. (Corte Constitucional, 2001)

Se debe recordar entonces que para que se dictamine un ilícito deben convergir tres actuaciones: la tipificación, la anti-juridicidad, y la culpabilidad, a partir de los cuales se produce la responsabilidad penal y en consecuencia la pena correspondiente, dicha pena, en lo que tiene que ver con el tema que nos compete de los miembros de las Fuerzas Armadas, y específicamente del ejército, es regulada por el Código Penal Militar, de acuerdo con la Ley 522 de 1999 (Congreso de Colombia, 1999) y la 1407 del 2010<sup>7</sup> (Congreso de Colombia, 2010).

Por su parte la Corte Constitucional al respecto de la responsabilidad penal en Sentencia C-425 de 1997 afirma que ésta:

---

<sup>7</sup> La Ley 1407 de 2010 es aplicable solamente para los hechos acaecidos a partir del primero de enero de 2010.

Se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas al carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo. De la Constitución se desprende la adopción de un derecho penal que repara en lo que el sujeto hace y no en las cualidades del autor del hecho punible (Corte Constitucional, 1997).

Además en Sentencia C-647 de 2001, la Corte opina:

Verificada la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no deviene en forma automática la imposición de la pena o la medida de seguridad autorizada por la ley, pues, como se sabe, en tal evento es indispensable la declaración de responsabilidad de la misma con respecto a una persona determinada. Esa responsabilidad es una situación jurídica concreta que por decisión judicial se predica de alguien (Corte Constitucional, 2001).

De lo anterior se puede inferir que para que se produzca “responsabilidad penal”, además de los temas de tipificación, anti-juridicidad, y culpabilidad, ya mencionados, se necesita de la ocurrencia de la pena.

De otra parte el Código Penal Militar, en el Artículo 27, estipula que:

La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión. El miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de responsabilidad. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección

real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

Parágrafo. La posición de garante solo se tendrá en cuenta en relación con las conductas punibles que atenten contra la vida e integridad personal y la libertad individual (Congreso de Colombia, 2010, p. 4).

Por su parte en el Código Penal Colombia (Ley 599/00) se dispone:

**Artículo 25. Acción y omisión.** 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 llevare 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:

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 (Congreso de Colombia, 2000).

En resumen, de acuerdo con la sustentación teórica aportada, queda claro que la responsabilidad por mando es una característica de la esencia de la estructura militar, por la cual un superior jerárquico o comandante debe responder por los actos terribles, como son los crímenes de lesa humanidad, ejecutados por sus subalternos, es decir si el superior no ordenó las atrocidades ni participó en ellas, igualmente debe responder si no evitó que ocurrieran, pudiendo hacerlo, o si se abstuvo de sancionar a los responsables.

Dos cuestiones fundamentales llevaron a adoptar esta decisión, como primera medida se considera que la mejor forma de evitar atrocidades en los conflictos armados es imponiendo a los comandantes el deber de prevenirlas y, en caso de que ocurran, castigarlas; y en segundo lugar se considera que es justo sancionar al comandante que por omisión no evite o castigue a los implicados, ya que dicha negligencia ocasiona daños irreparables.

Además la responsabilidad por mando se presenta cuando se cumplen tres requisitos básicos: Que exista una relación de tipo superior-subordinado que involucre mando y control efectivo; que exista el conocimiento de que los subordinados iban a cometer o estaban cometiendo los actos punibles; y que el superior omita tomar las medidas necesarias para evitar la comisión de los actos punibles.

Es pertinente mencionar en este punto dos temas nucleares para la comprensión del asunto en cuestión, el primero de ellos es la comisión por omisión y el segundo la posición de garante, veamos:

## **I. Omisión**

En la teoría del delito existe el concepto de conducta, definido como toda acción u omisión desarrollada por un ser humano y que conlleva una consecuencia en el mundo jurídico (Kindhauser, 2012), ahora bien la conducta humana es entendida como un “supraconcepto” que abarca las transformaciones corporales de un ser humano en el espacio y en el tiempo y que comprende, además de los movimientos activos, la pasividad.

La acción es una forma de comportamiento positivo, es hacer o decir<sup>8</sup>, se refiere a un obrar positivo, mientras que la omisión consiste en un “no hacer”, por ejemplo abstenerse de actuar cuando se tiene el deber de hacerlo para impedir cierto resultado, dejar de hacer lo necesario cuando se tiene la obligación legal o jurídica de evitar una consecuencia lesiva para un bien jurídico tutelado (Islas, 1985).

Según Jakobs (2005), en la teoría de la “evitabilidad individual” es imposible distinguir acción y omisión solamente por la llamada «cláusula de equiparación», por lo que la conducta es una simple delimitación de naturaleza técnica. Así las cosas se trata de la conducta pasiva dolosa de no auxiliar o la omisión del deber de socorro, absteniéndose de prestar ayuda a quien se encuentra en una situación de peligro grave y notorio (omisión de socorro), así como el inhibirse de poner en conocimiento una conducta punible a las autoridades cuando se tiene la obligación legal de hacerlo.

La omisión es tratada en relación a los deberes legales de actuar y no a los deberes morales, es decir, se dejan de lado los deberes éticos, puesto que todos estamos en la obligación de impedir un resultado que finalmente será lesivo para

---

<sup>8</sup> El aspecto positivo de la conducta o acto residirá en un movimiento corporal voluntario, productor de un resultado, movimiento humano. El aspecto negativo u omisión consistirá en la omisión voluntaria de movimiento corporal.



los demás, pero también existe la teoría que trata a los delitos de omisión como delitos culposos en donde la inacción o abstención no se produce por una directa determinación dolosa, sino por falta de diligencia debida (Jiménez, 1965).

Para el caso que nos compete se habla de comisión por omisión (llamada así de acuerdo con la doctrina francesa) o de delitos de omisión impropios (llamada así de acuerdo con la doctrina alemana) cuando el resultado de una acción (ya sea un homicidio, tortura, secuestro, genocidio) puede ser imputado a la persona que teniendo el deber jurídico de impedirlo, no lo hace, estando en la posibilidad de hacerlo, puesto que tiene a su cargo la protección del bien jurídico tutelado, o le ha sido encomendado en calidad de garante la vigilancia de cierta fuente de riesgo para el bien jurídico, conforme a la ley (Artículo 25 del Código Penal – Ley 599/00).

Omisión impropia o comisión por omisión así como la omisión propia consiste en un no hacer, produciendo un cambio en el mundo exterior es decir, una mutación de la realidad objetiva.

Este tipo comisivo quebranta una ley prohibitiva mediante la infracción de una ley preceptiva o valorativa de acuerdo al rol o a la función de quien omite, es una creación realista extralegal y de carácter sociológico doctrinal que asigna ciertos roles a las personas que estando en capacidad de evitar un resultado lesivo, también les asiste evitarlo por su profesión, experiencia u oficio.

De lo anterior se deduce que para que exista la comisión por omisión es necesario que:

Primero: Se presente una conducta omisiva, es decir, el incumplimiento de un deber de evitación del resultado con los mismos requisitos de una omisión propia: la capacidad de actuar y la capacidad de evitar el resultado.

Segundo: Dicho deber de actuar no puede ser un deber genérico o general, sino un deber especial para determinado tipo de personas, un deber específico, denominado posición de garante o deber de garantía; se refiere al deber de garantizar de modo específico que no se va a producir el resultado.

Tercero: Para que se pueda imputar el resultado delictivo como si se tratara de un delito de acción es necesario una relación de “cualidad material”, ya que la omisión no puede causar el resultado (*ex nihilo nihil*), se requiere de una causalidad negativa o hipotética en la cual la acción no realizada podía haber evitado el resultado con seguridad (Aráuz, 2000).

Aquí se presenta una complicación a la hora de determinar la autoría por omisión impropia, pues debe estar claro quien está obligado jurídicamente a evitar el resultado o a salvaguardar el bien, bajo qué condiciones, y si no lo hace, aun pudiendo hacerlo, será imputado por el resultado como si él mismo lo hubiera ocasionado.

De esta obligación de salvaguardar el bien o realizar cierta acción de cuidado o protección de una fuente de peligro, se origina lo que se denomina en la doctrina penal como “posición de garante” del bien jurídico, y dicha posición será un requisito “necesario pero no suficiente” para la responsabilidad por omisión impropia.

Hablemos entonces del segundo término mencionado al inicio de este acápite para dar una ambientación al tema, me refiero a la posición de garante.

## **II. Posición de garante**

Para Solórzano (2011) la figura de la posición de garante se refiere a la condición que deben tener las personas que ostentan un rol, un cargo, una investidura moral, más exactamente en los delitos de omisión impropia o de

comisión por omisión, y que a esta persona se le hace guardador o vigilante por su cercanía o proximidad al bien jurídico tutelado o con una fuente de riesgo, por lo que su misión está encaminada a que no se produzca un daño o no se produzca el peligro, por lo tanto, el delito de omisión impropia (o comisión por omisión), únicamente puede ser realizado por aquella persona investida de esta categoría (posición de garante).

Es decir, la persona que tenga relación con un bien jurídico tutelado o con una fuente de riesgo adquiere un deber jurídico de impedir un resultado y de ser un garante del derecho protegido.

El Artículo 25 del Código Penal establece de manera clara y sucinta, en consonancia con otras legislaciones de corte liberal, la forma como se puede dar esa cercanía y proximidad con respecto al bien jurídico tutelado, no estando en una situación propiamente estipulada en el tipo penal, sino que deriva de situaciones que conllevan un rol relevante socialmente (Sentencia C-1184, 2001)<sup>9</sup>; la Corte Constitucional en la Sentencia C-1184 de 2008 también ha sostenido como criterio único que:

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se

---

<sup>9</sup> La sentencia C-1184 de 2008 relata las condiciones dentro de las cuales se puede dar la posición de garante: “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 5° del artículo 25 del Código Penal.

abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas. (Sentencia C-1184, 2001).

La providencia en estudio ha querido fundamentar sus consideraciones en las tesis de Jakobs (como se citó en Velásquez, 2014) tomadas de su obra “La imputación penal de la acción y de la omisión” sin detenerse a observar el contexto real del asunto, es decir, los Magistrados en variadas oportunidades justifican sus argumentos con reducidos o amplios apartes, dejando a un lado el espíritu del autor al querer explicar un asunto de su investigación.

Por esto, es necesario explicar las teorías que fundamentan la posición de garante, que son tres las aceptadas por la mayoría de la doctrina.

De acuerdo con Jiménez (1965), la primera teoría es denominada formal y esta tesis defiende que la posición de garante se deriva de su origen formal del deber jurídico, por lo que sus tres fundamentos son: una acción esperada, la afectación de un bien jurídico y la relación de causalidad entre la acción omitida afectando el bien jurídico, entonces, a partir de este dogma son fuentes formales de la posición de garante la injerencia, el contrato y la Ley.

Fundamenta Lascurain (2005), la injerencia es relevante hasta tal punto que el agente crea una situación antijurídica de riesgo para el derecho que se pretende tutelar, lo cual presenta la posibilidad que se le responsabilice por los daños causados, el ejemplo por antonomasia es aquél cuando una persona secuestrada

muere en pleno cautiverio, por esta situación, el agente debe responder por el secuestro y la muerte derivada de su menosprecio por la vida del ser humano al convertirse en garante, a esto se le denomina, el deber de evitación.

Así mismo Lascuráin (2005), considera que el contrato es un fundamento en el sentido que el garante adquiere esta posición por la relación jurídica derivada del objeto del mismo, por ejemplo, el contrato celebrado con un escolta, en el cual no solamente se pide el cuidado sino la salvaguarda total del bien jurídico en cabeza de las personas a quienes tienen que cuidar.

Y por último se tiene la Ley como fundamento, implica las normas extrapenales que exigen a las personas cercanas y unidas por vínculos civiles y administrativos como por ejemplo el deber de alimento, auxilio y protección por la relación estrecha o los vínculos de sangre (padres a hijos, entre cónyuges).

La segunda teoría Solórzano (2011) la denomina material o de las funciones, hace referencia a la fuente social y humana de donde deriva lo formal, así mismo se debe tener en cuenta la relación materialmente existente entre el ser humano y el bien jurídico tutelado, por lo que la posición de garante se tiene por la estrecha relación con un bien jurídico en sí mismo, haciendo de este un vínculo fuerte de obligatoriedad vinculante.

Refiere el mismo autor en su obra que esto sucede con los llamados deberes de protección de derechos en donde existe una estrecha comunidad de vida entre personas, de asunción voluntaria o de comunidad de riesgo; el garante tiene esta característica por la relación existente con otros.

De otra parte Cuadrado (1997), frente a esta teoría menciona que se puede deducir que existe una cercanía más allá de cualquier vínculo contractual, por ejemplo el vínculo entre los integrantes de una sociedad de hecho, los novios o los

copropietarios. La asunción voluntaria se presenta cuando el garante asume de manera voluntaria la protección de un bien jurídico tutelado, como por ejemplo aquel que decide ayudar a un minusválido a subir las escaleras, por lo tanto, al ofrecerse, no puede abandonarlo a mitad de camino, si lo hace, sobre él recaerá la responsabilidad de los posibles daños que puedan causarse sobre la persona sobre quien asumió el cuidado.

Perdomo (2007) relata que la Comunidad de riesgo, obedece a que en la vida moderna, existen ciertas actividades que requieren del trabajo en grupo por la peligrosidad que representan, por lo que cada integrante debe confiar en el otro para que haga lo que tiene que hacer, un ejemplo preclaro son las escaladas en grupo, en donde cada uno debe cuidar del otro y suministrar los implementos necesarios con el fin de que el prójimo no se caiga, de esta situación se deriva el principio de confianza, en el que la persona que está trabajando en equipo supone que el otro integrante está haciendo lo que le corresponde y viceversa.

Para Cuadrado (1997), la posición de garante también se da en los deberes de vigilancia de una fuente de peligro, porque el agente tiene un deber de vigilar una fuente de riesgo, ya sea una persona o cosa que pueda afectar la comunidad, con el fin de evitar que ese riesgo sea lesivo; ésta se presenta en dos formas, la primera denominada injerencia o actuar precedente, situación en la que el garante supone que su actuar va más de los riesgos precedentemente causados por su actuar, como por ejemplo, el deber de auxilio para una persona herida por una conducta culposa cometida por el agente; la segunda, por obligaciones derivadas de los riesgos creados por terceros.

En este punto el riesgo lo crean otras personas, pero, el garante está obligado a evitarlo por su rol y su papel dentro del marco funcional, como por ejemplo, el deber del vigilante de un centro de reclusión quien debe mantener encerradas a las personas con antecedentes criminales y peligrosos para la sociedad; y la tercera

por los deberes surgidos, como hace alusión Jiménez (1965) del control de fuentes de riesgo los cuales operan dentro del ámbito de dominio del agente, por lo que el agente debe tomar ciertas actitudes para evitar una lesión al bien jurídico tutelado, como aquel que es el jefe de seguridad de una entidad bancaria en donde manejan altas cantidades de dinero.

Ahora bien, Jakobs (1996) en su concepción funcional plantea que en todo ordenamiento debe existir un sistema social que debe tener la capacidad de ser autosuficiente y avalado por la norma, y ésta debe formalizar este sistema por medio de su sanción, y es por esto que cuando una persona falla contra el sistema, este se defiende por medio de sus funcionarios aplicando la coacción descrita, por tanto, en el sistema lo más importante viene a ser el rol que tiene cada persona, y al no cumplirlo se cumple cierta defraudación ya que puede que no se le responsabilice por su infracción contra el bien jurídico tutelado sino por haberse defraudado las expectativas (o esperanzas) puestas en él, derivadas del rol que tenga dentro del mismo.

En este sentido, todas las personas que habitan un sistema social tienen posición de garante en los tipos penales ya sean de acción o de omisión, porque las diferencias semánticas desaparecen (como se había dicho anteriormente, con el concepto individual de acción), en tanto que el militar que defrauda las expectativas que vienen de su función especial responde por las consecuencias de esa conducta con independencia de que la misma se hubiere dado por las dos formas que plantea el Artículo 25 del Código Penal.

Velásquez (2014) acepta dos clases de status: el general que es el que está inmerso en todos los ciudadanos por el hecho de vivir en sociedad, el cual produce una esperanza la cual al ser vulnerada tendría una consecuencia de naturaleza penal porque el delito cometido es de organización; puesto que la piedra angular de donde deriva la responsabilidad se fundamenta en la lesión a los límites generales

de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo, por tanto, cada individuo tiene la obligación de respetar al otro en su derecho, y es el rol mínimo del que se deriva ese respeto con el fin de no violar el rol general.

La segunda es el especial, que se deriva de instituciones fundamentales para la vida en comunidad como pasa con los familiares, los médicos, los conductores y en el caso de este estudio, los militares, es por esto que a este rol se le denomina corporativo, pues es de allí que resulta que el fundamento de la responsabilidad penal sea el irrespeto o inobservancia de las reglas que constituyen ese status o rol especial, por ende serán los delitos de infracción de deber por rol.

Por consiguiente, en lo que se refiere a responsabilidad corporativa o institucional, el militar responde en materia penal cuando defrauda las expectativas que se derivan de su función, sea por acción o por omisión, situación que se ha interpretado como un punto de encuentro aparente entre los juristas internacionales Jakobs y Roxin (Roxin, 1997).

Sin embargo hay una diferencia básica, ya que Roxin (1997) considera fundamental la intervención del derecho penal cuando se ha producido la lesión a un bien jurídico tutelado, además, habla de los delitos de acción y de infracción al deber en los cuales sólo se admite la posición de garante.

Al contrario, Jakobs (1996) se enfoca en la defraudación de las expectativas que desemboca en la contrariedad de la norma, y plantea su tesis en estas defraudaciones organizacionales, por lo cual siempre existirá la posición de garante para todos los profesionales o quienes ostentan un oficio.

Este es el polo a tierra para las sentencias en Colombia, porque en el contexto colombiano siempre se tratarán los delitos de omisión propia, y de los



delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, y son estos últimos los que generan posición de garante.

Como lo afirma (Solórzano, 2011, p. 108):

De ahí que la postura de Jakobs no pueda ser plenamente aplicada de cara al derecho positivo, más aún cuando se considera que la razón de ser del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos tutelados y no la vigencia de la norma.

El fundamento normativo de la posición de garante se encuentra en el Artículo 25 del Código Penal, a éste se le denomina material o de las funciones, ya que la norma se encuentra transcrita para interpretar que de ella se desprende la relación del garante con el bien jurídico tutelado, sin embargo, el cúmulo de jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia van por la interpretación de Jakobs, que son diferentes a los planteados por el Código Penal Colombiano, y la primera sentencia en marcar este sendero fue la SU-1184 de 2001 con ponencia del entonces Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

Al examinar la posición de garante de los miembros del Ejército Nacional, la Corte en Sentencia 1184/01 concluye que ésta se deriva de la defraudación de las expectativas que se desprenden de su rol corporativo, aduciendo que un miembro de las Fuerzas Militares puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos que se explicaron en la sentencia, a saber: la creación de los riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución del Estado, entonces debe responder porque es garante de la vida de las personas de una población que se encuentren en amenazas por un grupo subversivo, y lo afirma de la siguiente manera:

Para que el miembro de la fuerza pública sea garante, 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. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes (Corte Constitucional, 2001).

También Jakobs (1996) advierte que no se puede edificar la posición de garante en abstracto, de manera ilimitada porque la calidad de miembro del Ejército Nacional no hace merecedora a la persona de tal situación, puesto que no toda posición de garante genera la realización de una omisión impropia, es decir, el militar aunque tiene un rol frente a la ciudadanía, no lo hace garante de los derechos de todos los colombianos por salir de su esfera.

Por lo anterior es necesario que el agente no actúe la conducta de salvamiento que le ordena la norma en el caso concreto, la que se desprende ese determinado deber de ley, es decir, la omisión impropia no está encaminada en afirmar que la omisión de cualquier acción que hubiera podido evitar el resultado, sino en la omisión de aquella conducta que estaba determinada en seguridad funcional estando en capacidad de impedir el daño para el caso.

Esto es necesario advertirlo y se sustenta de la siguiente manera:

(...) es perfectamente posible que el sujeto activo omita ejecutar otras acciones que, por sí mismas, no constituyen la evitación del peligro corrido por el bien jurídico o que prescinda de realizar acciones que no estaban

dirigidas a impedir de modo cierto e indiscutible el resultado, en cuyo caso deberá responder por no realizar esas acciones medio –que, como omisión pura o propia de acciones generales, aparecen castigadas en la ley penal en el Art. 131, como omisión de socorro-, pero no por no realizar la acción salvadora que no estaba en sus manos llevar a cabo en la situación concreta (Velásquez, 2014, p. 220).

Autores como Schünemman (2007) y Gracia (2001) afirman que no basta con las construcciones formales y con la teoría de las funciones para definir si es posible o no aducir si se tiene o no la posición de garante, por lo que es necesario recurrir a un estudio del ámbito de dominio de la persona a fin de establecer las posibilidades, por lo tanto, el principio de equivalencia sobre la causa del resultado (desarrollado por Schünemman) debe aplicarse siempre y cuando exista una directa relación entre la vulneración del bien jurídico tutelado, es decir debe existir un dominio del hecho del autor por comisión:

Dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre el cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control (Rodríguez, 2013, p. 133).

Por tanto, no es posible demostrar la calidad del implicado para poder determinar su responsabilidad en materia dogmática, porque el tipo omisivo doloso contiene unos elementos que se deben precisar: a) La situación descriptiva en la norma, b) El no haber realizado el mandato, c) La posibilidad de realizar la acción ordenada, es decir, el haber podido actuar, d) La causalidad hipotética, e) el resultado y el más importante, f) el dolo.

#### **D. Responsabilidad por mando y Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)**

Teniendo esto claro, procedamos a vincular la responsabilidad por mando con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), recordemos que la JEP es el modelo de justicia transicional que forma parte del componente judicial del “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” acordado entre el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), el cual está constituido por una serie de salas de justicia, amnistía e indulto y un Tribunal para la Paz encargado de investigar, esclarecer y sancionar las violaciones a los Derechos Humanos.

El Proyecto de Acto legislativo sobre la JEP aborda el concepto de responsabilidad de mando cuando dice:

**Artículo transitorio 21.** Tratamiento diferenciado para miembros de la Fuerza Pública. En virtud del carácter inescindible de la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con los Miembros de la Fuerza Pública que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, el tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo.

En consecuencia, las normas contenidas en este capítulo serán aplicables únicamente a los miembros de la Fuerza Pública respecto de conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, sin perjuicio de la aplicación respecto de ellos de las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores, siempre que no sean contrarias a la naturaleza de las contenidas en este capítulo (Congreso de Colombia, 2017).

Resulta claro que para que el proceso de paz, y la Jurisdicción Especial para la Paz resulten legítimos y tengan estabilidad es indispensable una implementación

adecuada de la figura de responsabilidad por mando, como también un entendimiento claro de su alcance. Pero para que lo anterior suceda se presentan varios obstáculos que ponen en un predicamento la instauración de la JEP en cumplimiento de las leyes nacionales e internacionales; primero, la JEP debe respetar lo estipulado en el Estatuto de Roma, específicamente el Artículo 28, en el cual se describe la responsabilidad del superior jerárquico, no obstante, prima lo establecido en la Constitución Nacional, como Carta Magna que es, pero sin olvidar que Colombia es un Estado firmante del Tratado de Roma y por tanto éste se debe tomar en cuenta.

Kai Ambos lo expresa claramente así: “El principio fundamental de complementariedad del Estatuto de Roma está diseñado para dejar la responsabilidad primaria de la persecución de los crímenes internacionales a las cortes nacionales” (Ambos, 2009, p. 45).

Asimismo al leer el Acto Legislativo 01 parecería que, en cuanto a la Responsabilidad del Superior Jerárquico, se limita únicamente a los actos cometidos por miembros de la fuerza pública, obviando responsabilidades sumarias de los altos jefes de los grupos subversivos involucrados; otro punto delicado es que resulta complicado definir en qué casos específicos se presentó el control efectivo, ya que son muchas las variables que inciden en el caso de un enfrentamiento como el que se ha presentado en Colombia, durante más de medio siglo, y que devino en la comisión de múltiples actos terribles, por ambas partes.

Caldas Botero (2016) en su artículo titulado “Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz”, señala al respecto del tratamiento de los agentes del Estado:

Es un tema que se reguló de manera tangencial, quedando por definir múltiples aspectos que resultan esenciales para la justicia transicional, en la medida que es uno de los más problemáticos, en especial, porque suscita gran atención para los organismos internacionales, entre otras razones, por la imperiosa necesidad de que no haya impunidad y porque de su correcta regulación depende el éxito o fracaso del proceso de paz. (Caldas, 2016, p. 109).

Para resolver estas ambigüedades, con base en la jurisprudencia anotada a lo largo de esta investigación, resulta necesario distinguir que la responsabilidad del superior jerárquico, en cuanto tiene que ver con los miembros de la fuerza pública, presupone unos elementos objetivos y unos elementos subjetivos. Dentro de los elementos objetivos se tienen:

- Que el acusado sea superior jerárquico de la Fuerza Pública respecto de quienes cometieron materialmente el crimen.
- Que la conducta punible sea cometida por subordinados que se encuentren bajo el mando del acusado.
- Que el superior ejerza, no sólo el mando, sino que tenga el control efectivo de la respectiva conducta.
- Que el superior haya tenido a su disposición la información respectiva, los mecanismos necesarios y adecuados para prevenir la conducta punible de los subordinados, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.
- Que el superior no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del crimen por los subordinados o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes.

- Que la conducta punible de los subordinados sea consecuencia de la omisión del superior al no adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o evitar el hecho.

Dentro de los elementos subjetivos, se pueden mencionar:

- El dolo
- Estructura del dolo en el superior
- El elemento cognoscitivo.
- El elemento intencional.

Para comprender su importancia en la responsabilidad del superior jerárquico ante la JEP, analicemos cada uno de éstos.

***Elementos objetivos:***

Que el acusado sea superior jerárquico de la Fuerza Pública respecto de quienes cometieron materialmente el crimen: Es decir que la conducta impropia o criminal del subordinado esté relacionada con el conflicto armado y con la misma actividad militar, esto para eximir la responsabilidad del superior cuando el delito cometido sea ajeno a la tarea del subordinado como integrante de las Fuerzas Militares, y por “superior jerárquico” no es necesario que sea un superior de un rango específico, solamente que sea un superior jerárquico del subordinado con la capacidad material y jurídica para impartir órdenes y hacer que dichas órdenes se lleven a cabo.

Que la conducta punible sea cometida por subordinados que se encuentren bajo el mando del acusado: O sea que el subordinado sea miembro de las Fuerzas Militares y que se encuentre bajo el mando directo de un superior jerárquico, el cual ejerza autoridad sobre las fuerzas en un área de su jurisdicción, en cumplimiento de la relación de mando-obediencia, mencionada anteriormente.

Aquí también se debe mencionar que es menester que el superior jerárquico ejerza autoridad en el área de jurisdicción territorial especificada con anteriormente y bajo la cual se cometa el delito; obviamente, si el delito fue cometido fuera del área especificada de jurisdicción del comandante no excluye su responsabilidad, en caso de que éste conociera o pudiera tener conocimiento acerca de la intención de los subordinados de cometer el crimen fuera de la jurisdicción establecida, en cuyo caso el comandante debería tomar las medidas pertinentes para evitarlo.

Que el superior ejerza, no sólo el mando, sino que tenga el control efectivo de la respectiva conducta, se refiere a lo mencionado anteriormente en esta investigación acerca de tener control efectivo de la conducta de sus subordinados, o sea contar con los elementos jurídicos, materiales y de hecho para conducir y determinar la conducta de los subordinados y evitar la conducta criminal; en caso de que ésta ya haya ocurrido contar con los mismos elementos para investigar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades con la competencia para investigar y, en caso de encontrarse culpable, sancionar el crimen cometido.

Que el superior haya tenido a su disposición la información respectiva, los mecanismos necesarios y adecuados para prevenir la conducta punible de los subordinados, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes, se refiere a tener los medios, materiales y efectivos, para prevenir, impedir, y en el caso que suceda, denunciar los hechos punibles, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo y oportunidad que indiquen sobre los hechos sucedidos.

Que el superior no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del crimen por los subordinados o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, en el caso que nos compete se refiere a la omisión de las disposiciones necesarias de control por parte del superior jerárquico, es decir, que éste último permita o consienta que los hechos delictivos ocurran.



Que la conducta punible de los subordinados sea consecuencia de la omisión del superior al no adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o evitar el hecho, este punto se relaciona directamente con el anterior, en cuanto se refiere también a la omisión de los controles necesarios, por parte del superior jerárquico, que devienen en la comisión de un delito (Gil, 2014).

### **Elementos subjetivos:**

El dolo: Ocurre cuando el comandante entiende los siguientes hechos: su nivel superior jerárquico, que los subordinados están bajo su mando, conocen los elementos que le permiten ejercer el control efectivo, su deber de actuar, previamente para evitar un crimen, o posteriormente para castigarlo o informarlo a las autoridades pertinentes.

Estructura del dolo en el superior: Se refiere a varias circunstancias: al saber de la relación subordinado-superior jerárquico, del riesgo y de las medidas que se deben adoptar para evitar o impedir el hecho, enterarse que los subordinados estaban cometiendo un delito o tenían la intención de hacerlo; la voluntad de omitir las medidas necesarias a su alcance para evitar el hecho, o para reprimir al autor o dar a conocer el hecho a la autoridad competente.

Elemento Cognoscitivo: Como su nombre lo indica se refiere estar al tanto, en el caso del superior jerárquico quiere decir el saber de qué sus subordinados se proponían cometer o estaba cometiendo un crimen; el conocimiento fáctico de los hechos que configuran el tipo objeto de imputación; como también el entendimiento de los elementos que integran el tipo, o sea el sujeto pasivo y sus características.

Elemento intencional: Este aspecto hace énfasis en que no basta la simple voluntad, sino que debe estar implícita la intencionalidad de hecho, es decir, que se presente una voluntad intencional para la comisión de un delito (González, 2008).

De lo anterior se colige, entonces, que la Responsabilidad de Superior Jerárquico es pues una figura *sui géneris* que comparte elementos generales y especiales del Derecho Penal, al tener muchas vertientes jurídicas las cuales, si no se sopesan como es debido a la luz de la jurisprudencia existente a nivel internacional y nacional, pueden llevar a equivocaciones en cuanto a la responsabilidad de un superior jerárquico. Se debe tener presente que no en todos los casos el superior jerárquico es responsable de los crímenes cometidos por sus subordinados, y para ello se establecieron los tribunales para la paz, quienes finalmente tomarán las decisiones.

Una conclusión a la que se llegó luego de las modificaciones a los Acuerdos de Paz de la Habana, luego de que ganara el No en el plebiscito propuesto por el Presidente Santos, es que se aplicarán requisitos del Estatuto de Roma en cuanto a la “responsabilidad por mando” para las fuerzas militares, como también para los guerrilleros, dando cumplimiento a las sugerencias de la Corte Penal Internacional.

Algunas organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, expresaron sus reticencias pues consideran que la definición de responsabilidad de mando incluida en el Artículo 24 del Acto Legislativo 1 de 2017 podría entrar en conflicto con la establecida en el Derecho Internacional, lo cual posibilitaría que los comandantes de la Fuerza Pública rindieran cuentas de forma adecuada por sus actos. Ejemplo de ello es la intervención de José Miguel Vivanco, representante de Human Rights Watch, al respecto:

Human Rights Watch aplaude el proceso de paz entre el gobierno colombiano y las FARC, aunque tiene graves preocupaciones por los defectos en materia

de justicia incluidos en el acuerdo. A pesar de que Human Rights Watch solicitó que las autoridades abordaran estos defectos en la legislación de implementación, subsisten en el Acto Legislativo 1 de 2017 dos problemas fundamentales: (1) una disposición excesivamente amplia sobre la participación política para miembros de las FARC; y (2) una definición injustificadamente rígida de “responsabilidad de mando” para miembros de las fuerzas armadas que podría impedir que altos mandos de la fuerza pública rindan cuentas por los crímenes cometidos por sus subalternos (Human Rights Watch, 2017, párr. 3).

En respuesta a lo anterior el gobierno nacional mediante el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 modificó las condiciones para que se asemejaran a lo estipulado en el Artículo 28 del Estatuto de Roma.

Finalmente, es pertinente señalar que el 14 de noviembre de 2017 mediante Sentencia C-674 la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la normatividad del Acto Legislativo 01 de 2017 que crea la JEP y declaró su exequibilidad, confirmando que la existencia de la misma (JEP) es compatible con la Carta Magna de Colombia, ratificando de paso el Acuerdo de Paz y respaldando mayoritariamente el proceso entre las FARC y el Gobierno nacional.

A continuación se presenta una sucinta descripción de los puntos que quedaron aprobados y que permitieron dar luz verde al proyecto:

- En cuanto tiene que ver con el *quid* de esta investigación, a los militares les dejó intacta la responsabilidad de mando.
- De acuerdo con el Acto Legislativo 01/17 la Corte afirmó que la JEP tendrá una vigencia máxima de 20 años, apaciguando los temores de una parte de

la sociedad y de los juristas concedores del tema con respecto a que se volviera permanente e indefinida.

- Con las nuevas modificaciones se confirmó que la JEP no podrá juzgar a los ex presidentes, y este fuero se amplió a Fiscales Generales, Procuradores, Magistrados de Altas Cortes y Tribunales, Contralores, Ministros, Congresistas y Gobernadores.
- Los terceros involucrados en delitos cometidos en el marco del conflicto no podrán ser llamados a comparecer ante la JEP, deberán aceptar de manera voluntaria someterse a dicha Jurisdicción.
- Un punto aprobado, que resultó inquietante para algunos jurisconsultos nacionales e internacionales es que los juristas extranjeros solo podrán presentar *Amicus Curiae*<sup>10</sup> pero no podrán participar en las mismas condiciones que los magistrados en los debates respectivos de la JEP ni de los tribunales de paz.

## E. Conclusiones

La responsabilidad por mando o responsabilidad de mando es una figura del Derecho Internacional que trata de determinar en qué casos un comandante militar debe responder por actos ominosos (por ejemplo crímenes de lesa humanidad) cometidos por sus subordinados; dicha figura plantea que, aun cuando un comandante no ordene tales actos ni participe en los mismos, deberá responder por los actos que cometan sus subalternos si no evitó, pudiendo hacerlo, que ocurrieran o si se abstiene de castigar a los responsables; es una herramienta muy útil para

---

<sup>10</sup> Expresión latina que traduce “amigo de la corte”. Su objetivo es abrir la posibilidad a terceros, que no son parte de un litigio pero que poseen un interés demostrable y justificado en la resolución de éste, a promover voluntariamente una presentación que contiene una opinión técnica mediante la cual aportan elementos que pueden resultar jurídicamente trascendentes al momento de que el juzgador resuelva sobre la materia del litigio.

combatir la impunidad ante crímenes así considerados por la Corte Penal Internacional.

No obstante los reparos de cierta parte de la sociedad civil y de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (ACORE) ante el tema (El Espectador, 2017), lo que se pretende con su implementación en la JEP no es que los militares respondan por los crímenes cometidos por sus subalternos simplemente por el hecho de ser superiores jerárquicos, lo cual iría contra derecho, sino sancionar a los comandantes que incurrieron en omisiones graves, que permitieron que sus subalternos cometieran atrocidades.

El Derecho Internacional estipula que, para que se presente la Responsabilidad por mando, deben ocurrir al mismo tiempo tres situaciones: el superior jerárquico tenga conocimiento de las atrocidades cometidas por sus subalternos, goce del control efectivo sobre los subalternos que cometan los crímenes, y que no tome las medidas necesarias y razonables para evitar y/o sancionar dichos actos.

Por su parte, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) establece que para que pueda hablarse que un superior jerárquico (o comandante militar) tiene control efectivo, se deben presentar cuatro elementos al mismo tiempo: que los actos delictuosos hayan sido cometidos dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando; con capacidad legal y material de emitir, modificar y hacer cumplir órdenes; capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles; y finalmente que este tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

La Fiscal de la Corte Penal internacional, Fatou Bensouda, opina con respecto al Acto Legislativo 01 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, que la definición de responsabilidad por mando que trae implícita, se aparta del Derecho Internacional y “podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales” (Bensouda 2017, s.p).

Frente a lo manifestado por la Fiscal Bensouda, el presidente de la Cámara de Representantes, Rodrigo Lara, en representación del gobierno de Colombia, respondió específicamente con respecto a la responsabilidad de mando tal como la asume la JEP, particularmente en cuanto tiene que ver con las ejecuciones extrajudiciales (principal queja de la Fiscal), enfatizando que la Jurisdicción Especial para la Paz atiende de manera pertinente a las normas internacionales así como también al Artículo 28 del Estatuto de Roma, sustentándolo de la siguiente manera:

Respecto de los reparos que su señoría ha expresado acerca de las exigencias probatorias adicionales al artículo 28 del Estatuto de Roma de nuestra Jurisdicción Especial para la Paz, específicamente en relación a la demostración de jurisdicción del mando militar sobre la zona en donde se cometieron los crímenes, se explica porque nuestra norma, a diferencia de la del Estatuto de Roma, está concebida exclusivamente para un ejército regular, cuya organización se caracteriza por una precisa estructura jerárquica, especialización de tareas y una estricta división operacional en el territorio; factores que no existen en las organizaciones criminales al margen de la ley (Lara 2017, s.p).

El 14 de noviembre de 2017 mediante Sentencia C-674 la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la normatividad del Acto Legislativo 01 de 2017 que crea la JEP y declaró su exequibilidad, confirmando que la existencia de la misma (JEP)

es compatible con la Carta Magna de Colombia, ratificando de paso el Acuerdo de Paz y respaldando mayoritariamente el proceso entre las FARC y el Gobierno nacional.

A pesar del blindaje que el Presidente Santos le hizo al Acuerdo de La Habana, resta mucho camino por recorrer, no sólo en cuanto a la parte legal y a la jurisprudencia, como lo demuestra la opinión de algunas ONGs y de la Fiscal Bensouda de la Corte Penal Internacional, sino también por el arduo proceso que se está llevando a cabo en la Cámara de Representantes, el Senado y la Corte Constitucional, además de las próximas elecciones presidenciales del año 2018, en las que participará partidos de oposición al actual gobierno (como el Centro Democrático), quienes se han opuesto abiertamente al proceso y a los acuerdos de paz.

## Referencias

- Acto Legislativo 01 / 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. 4 de abril.
- Ambos, K. (1999). La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional. ADPCP, LII, pp. 527-593.
- Ambos, K. (2004). Estudios de derecho penal internacional. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Ambos, K. (2009). The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In K. Ambos, Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development (pp. 19-86). Berlín, Alemania: Heidelberg.
- Aptel, C. (30 de noviembre de 1997). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Disponible en:  
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7t.htm>
- Aráuz, M. (2000). La omisión, comisión por omisión y posición de garante. Encuentro, 32(54), pp. 32-41.
- Bensouda, F. (2017). El acuerdo de paz de Colombia demanda respeto, pero también responsabilidad. Semana. Disponible en  
<http://www.semana.com/nacion/articulo/deseo-corte-penal-internacional-justicia-transicional-en-colombia/512820>
- Caldas, L. (2016). Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción especial para la paz. Derecho penal y criminología, XXXVII(102), pp. 105-120. Disponible en  
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4657/5408>
- CICR. (25 de mayo de 1993). Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional



humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991.

Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>

Comando General de las Fuerzas Militares. (2015). Manual de derecho operacional para las fuerzas militares (2ª ed.). Bogotá, D. C.: Imprenta y Publicaciones Fuerzas Militares.

Constitución Política de Colombia. (2015). Asamblea Nacional Constituyente.

Disponible en

<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Corte Constitucional. Sentencia C-407/03 (MP. Jaime Araujo Rentería), 22 de mayo.

Corte Constitucional. Sentencia C-425/97 (MP. Fabio Morón Díaz), 4 de septiembre.

Corte Constitucional. Sentencia C-578/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), 4 de diciembre.

Corte Constitucional. Sentencia C-647/01 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), 20 de junio.

Corte Constitucional. Sentencia C-674/17 (MP. Luís Guillermo Guerrero), 14 de noviembre.

Corte Constitucional. Sentencia SU-1184/01 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), 13 de noviembre.

Corte Penal Internacional - Sala preliminar II. (15 de junio de 2009). Decisión El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo, Caso No. ICC-01/05-01/08.

Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba>

Cuadrado, M. (1997). La comisión por omisión como problema dogmático. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 50(1-3), pp. 387-456.

Decreto 124/14. Por el cual se reglamenta la Ley 1698 de 2013. 28 de enero.

Disponible en:

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2014/Documents/ENERO>

- /28/DECRETO%20124%20DEL%2028%20DE%20ENERO%20DE%202014.pdf
- Ejército de Colombia. (2016, septiembre 09). ¿Qué es el Derecho Operacional? Disponible en <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=401808>
- El Espectador. (04 de julio de 2017). Las críticas a la Jurisdicción Especial de Paz. Disponible en <https://colombia2020.elespectador.com/jep/las-criticas-la-jurisdiccion-especial-de-paz>
- Gil, A. (2014). Intervención delictiva y derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales. Madrid, España: Dykinson.
- González, J. (2008). Teoría del delito. San José de Costa Rica: Poder Judicial.
- Gracia, L. (2001). La comisión por omisión en el Derecho penal español (Una exposición crítica de la doctrina dominante). En: A.A.V.V. Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y Criminología (pp. 418-419). Madrid, España: Tecnos.
- Human Rights Watch. (17 de julio de 2017). Colombia: Amicus Curiae sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Disponible en [https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz#\\_ftn5](https://www.hrw.org/es/news/2017/07/17/colombia-amicus-curiae-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz#_ftn5)
- International Military Tribunal. (1946). Judgment and Sentences. American Journal of International Law, 41(1), pp. 20-37.
- Islas, O. (1985). Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal. México, D. F.: Trillas.
- Jakobs, G. (1996). La imputación penal de la acción y de la omisión. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2005). La Pena Estatal: significado y finalidad., El Fundamento Del Sistema Jurídico Penal. (Traduc. M. Cancio, & B. Feijoo) Lima, Perú: Ara.
- Jiménez, L. (1965). Tratado de derecho penal. Tomo III (3ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Losada.

- Kindhauser, U. (2012). Acerca del concepto jurídico Penal de Acción. Cuadernos de Derecho Penal, 1(7), pp. 12-41. Disponible en [http://190.85.246.40/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/DOCTRINA/accion/accion.pdf](http://190.85.246.40/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/DOCTRINA/accion/accion.pdf)
- Lara, R. (28 de septiembre de 2017). Así respondió Lara a críticas de CPI a la JEP. El Nuevo Siglo. Disponible en <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/09-2017-lara-responde-criticas-de-cpi-a-la-jep>.
- Lascurain, J. (2005). Penar por omitir: Fundamento de los deberes de garantía. Bogotá, D. C.: Ibáñez.
- Ley 102 / 1994. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre organización y mando de las Fuerzas Militares. 31 de diciembre. Diario oficial 25.759.
- Ley 1407 / 2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar. 17 de agosto. Diario oficial 47.804
- Ley 522 / 1999. Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar. 12 de agosto. Diario oficial 43.665,
- Ley 599 / 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio. Diario oficial 44.097
- Naciones Unidas. (2000). Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Disponible en <http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/otros/Tribunales.htm>
- Naciones Unidas. (octubre de 1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponible en <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>
- Perdomo, J. (2007). La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Portafolio. (9 de abril de 2017). Las víctimas del conflicto armado en Colombia. Portafolio. Disponible <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/el-numero-de-victimas-del-conflicto-armado-en-colombia-504833>
- Rey, E. (2014). Estudios de derecho internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clement. Córdoba, España: Advocatus.

- Rodríguez, M. J. (2013). Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación. REDUR, 1(11), pp. 107-126. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4527329>
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General. Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C. (2016). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Madrid, España: Marcial Pons.
- Schünemman, B. (2007). Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal. Bogotá, D. C.: Ibáñez.
- Smidt, M. (2000). Yamashita, Medina, and beyond: command responsibility in contemporary military operations. Military Law Review, 164, pp. 155-234. Disponible en: [http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/mil\\_law\\_rev/volume164\\_smidt.pdf](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/mil_law_rev/volume164_smidt.pdf)
- Solórzano, C. (2011). La posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Cuadernos de Derecho Penal, 1(5), pp. 83-116. Disponible en [http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos\\_de\\_derecho\\_penal/article/viewFile/391/338](http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/viewFile/391/338)
- Velásquez, F. (2014). Posición de garante y funciones militares. Cuadernos de Derecho Penal, 1(11), pp. 169-230. Disponible en <http://www.kas.de/wf/doc/15335-1442-4-30.pdf>.