



**MEMORIAL EN DERECHO *AMICUS CURIAE* SOBRE
EL ARTÍCULO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 1 DE 2017
PRESENTADO POR LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS ANTE
LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

I. INTRODUCCIÓN

01. La Comisión Internacional de Juristas tiene el honor de someter a consideración de la Honorable Corte Constitucional de Colombia el presente informe en derecho *Amicus Curiae* en el marco del trámite de constitucionalidad del Acto Legislativo No. 1, “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”, de fecha 4 de abril de 2017. El presente informe en derecho está centrado en el artículo 24 “responsabilidad de mando” del Acto Legislativo No. 1 de 2017.

02. La Comisión Internacional de Juristas es una organización no gubernamental dedicada a promover la comprensión y observancia del Imperio del Derecho y la protección de los derechos humanos en todo el mundo. La organización fue creada en 1952 y su sede central está ubicada en Ginebra (Suiza). La Comisión Internacional de Juristas está integrada por 60 eminentes juristas, representativos de diferentes sistemas jurídicos del mundo, y cuenta asimismo con 90 secciones nacionales y organizaciones jurídicas afiliadas. La Comisión Internacional de Juristas goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo de Europa y la Organización de la Unidad Africana. Así mismo, la organización mantiene relaciones de cooperación con órganos de la Organización de los Estados Americanos y la Unión Interparlamentaria.

03. La Comisión Internacional de Juristas trabaja para la plena vigencia de los derechos humanos, la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional y del estado de derecho y la erradicación de la impunidad de las graves violaciones de los derechos fundamentales, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra. A lo largo de su historia, la Comisión Internacional de Juristas ha obrado activamente para la elaboración y adopción de instrumentos internacionales para combatir los crímenes bajo el Derecho internacional y erradicar la impunidad, como el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas*

contra las desapariciones forzadas. De ahí, el interés de la Comisión Internacional de Juristas en el artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017.

04. La Comisión Internacional de Juristas quiere, con la presentación de este memorial en derecho *Amicus Curiae*, demostrar la incompatibilidad del varios contenidos del artículo 24 “responsabilidad de mando” del Acto Legislativo No. 1 de 2017 con las normas y estándares internacionales relativos los principios de: complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional; de la protección del ser humano bajo estas tres ramas del Derecho Internacional en las situaciones de conflicto armado; y de la responsabilidad penal del superior jerárquico.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

05. El artículo 24 “Responsabilidad del mando” del Acto Legislativo No. 1 de 4 de abril de 2017 estipula que:

“Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

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

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

“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 I 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.” (Subraya añadida).

06. Los segmentos de textos subrayados del artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 de 2017 plantean graves problemas de compatibilidad con las normas y estándares internacionales relativos los principios de: complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional; de la protección del ser humano bajo estas tres ramas del Derecho Internacional en las situaciones de conflicto armado; y de la responsabilidad

penal del superior jerárquico.

07. Antes de entrar en materia, no sobra recordar que el Estado colombiano hace parte de varios tratados internacionales que consagran el principio de responsabilidad penal del superior por crímenes según el derecho internacional, a saber: el *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* (artículo 86, 2); el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (artículo 28); y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*¹ (artículo 6). No sobra recordar igualmente que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico constituye una norma del Derecho internacional consuetudinario.

III. DEL MARCO REFERENCIAL PARA EVALUAR LA RESPONSABILIDAD DE MANDO

08. Para la determinación de la responsabilidad penal del mando, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 de 2017 restringe la evaluación de la conducta del superior al Código Penal colombiano, al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y a las “reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH”. El artículo 24 no incorporó a este marco el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional.

09. Al no incorporar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica un flagrante desconocimiento de los principios de complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y de la doble protección del ser humano bajo estas dos ramas del Derecho Internacional en las situaciones de conflicto armado. Durante un conflicto armado (internacional o interno), los individuos gozan de doble protección legal, tanto del Derecho internacional de Derechos Humanos como del Derecho Internacional Humanitario². En ese sentido no sobra recordar que los principios de complementariedad y doble protección del ser humano están implícitamente consagrados en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en las cláusulas sobre suspensión de derechos – y por ende derechos inderogables³ como en las normas relativas a sobre conductas ilícitas prohibidas en todo tiempo y circunstancia⁴.

¹ Ley No. 1418 “por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006”, de 1° de diciembre de 2010.

² Ver, inter alia: Resolución XXIII *Derechos Humanos en los Conflictos Armados* adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán en 1968; *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales*, Protocolo I (art. 72); *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Protocolo II (Párrafo 2° del Preámbulo); *Convención sobre los Derechos del Niño* (arts. 38 y 39) y *Protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados*.

³ Ver, inter alia, artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 27 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

⁴ Ver, inter alia: *Convención sobre la Esclavitud* de 1926; *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*; *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; *Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil*, de la OIT (1999); *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*; *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*; *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales arbitrarias o sumarias*; *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*; *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las*

10. Los principios de complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y de la doble protección del ser humano en tiempos de conflicto armado han sido ampliamente reiterado por el Consejo de Seguridad⁵ y la Asamblea General⁶ de las Naciones Unidas como por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos⁷. La Corte Internacional de Justicia⁸, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁹, los Procedimientos Especiales de la ex Comisión de Derechos de Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹² y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹³ han reiterado la aplicación de estos dos principios fundamentales para la protección del ser humanos en tiempos de conflicto armado.

11. Si bien el Derecho Internacional Humanitario es una “ley especial” (*lex specialis*) relativa a los conflictos armados y que se aplica únicamente durante éstos, esta rama del Derecho internacional no anula la vigencia y aplicabilidad del Derecho internacional de Derechos Humanos en tiempos de conflicto armado, como lo ha señalado la Corte¹⁴ y la Comisión¹⁵ Interamericanas de Derechos Humanos así como el

desapariciones forzadas; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ver igualmente: Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 29, Estados de emergencia (artículo 4)*, de 24 de julio de 2001, Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

⁵ Ver, *inter alia*, Resolución 2122 (2013) “Las mujeres,y la paz y la seguridad”; Resolución 1577 (2004), “La situación en Burundi”; Resolución 1574 (2004), “Informes del Secretario General sobre el Sudán”; Resolución 1572 (2004), “La situación en Côte d’Ivoire”; y Resolución 1565 (2004), “La situación relativa a la República Democrática del Congo”.

⁶ Ver, *inter alia*, las Resoluciones: 2444 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968; 2597 (XXIV) de 16 de diciembre de 1969; y 2674 (XXV) de 9 de diciembre de 1970; Resolución 2675 (XXV) de 9 de diciembre de 1970 “Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados”; y 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, “Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado”.

⁷ Ver, *inter alia*, las Resoluciones AG/RES. 2030 (XXXIV-O/04), “Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en seguimiento del Plan de acción de la Tercera Cumbre de las Américas” de 8 de junio de 2004; y AG/RES. 2575 (XL-O/10), “Promoción y respeto del derecho internacional humanitario”, de 8 de junio de 2010.

⁸ Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (*Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis Consultatif du 9 janvier 2004*), párr. 106 (Original en francés, traducción libre). En el mismo sentido, *ver Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 25 (Documento de las Naciones Unidas A/51/218 de 19 de julio de 1996).

⁹ *Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, párrafo 11 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 de 26 de mayo de 2004); y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a: Israel*, de 21 de agosto de 2003, CCPR/CO/78/ISR, párrs. 11 y de 18 de agosto de 1998, CCPR/C/79/Add.93, párr. 10; *Alemania*, de 4 de mayo de 2004, CCPR/CO/80/DEU, párr. 11; y *Bélgica*, de 12 de agosto de 2004, CCPR/CO/81/BEL, párr. 6.

¹⁰ Ver, *inter alia*: Sentencia de 23 de marzo de 1995 (*Objeciones preliminares*), Caso *Loizidou c. Turquía*, Series A No. 310, párr. 60; Sentencia de 18 de septiembre de 2009, Caso *Varnava y Otros Vs. Turquía*, Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, párr. 185.

¹¹ *Medidas cautelares en la Bahía de Guantánamo, Cuba*, de 13 de marzo de 2002, Informe Anual de 2002, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, de 7 de marzo de 2003, párr. 80; e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002.

¹² Ver, *inter alia*: Sentencia de 25 de noviembre de 2000, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Serie C No. 70, párr. 207; y Sentencia de 17 de abril de 2015, *Caso Cruz Sánchez y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 292, párrs. 271 y 272, párrs. 271 y ss.

¹³ *Resolución sobre la Promoción y el Respeto del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, adoptada el 10 de diciembre de 1993.

¹⁴ Sentencia de 17 de abril de 2015, *Caso Cruz Sánchez y Otros Vs. Perú*, Serie C No. 292, párrs. 271 y 272.

¹⁵ *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párr. 61; e Informe No. 55/97, Caso No. 11.137, *Juan Carlos Abella (Argentina)*, de 18 de noviembre de 1997, párrs. 157 y 160.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁶ y el Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁷. Al respecto, el Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, de las Naciones Unidas precisó que “[l]as opiniones de la Corte [Internacional de Justicia] indican claramente que, en situaciones de conflicto armado, el principio de la *lex specialis* del derecho internacional humanitario como tal no suspende la vigencia de las normas de derechos humanos. Más bien, se debe consultar el derecho humanitario para determinar si un derecho reconocido en el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] ha sido violado”¹⁸.

12. En el ámbito nacional, la Honorable Corte Constitucional ha reafirmado la primacía de principios de complementariedad y de la doble protección del ser humano bajo el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario¹⁹. La Sentencia C-084/16 resulta en este tema de trascendental importancia, toda vez que la Honorable Corte Constitucional se pronunció sobre la reforma del artículo 221 de la Constitución, que pretendía limitar la “investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado”²⁰ a “las normas y principios” del Derecho Internacional Humanitario. La Honorable Corte destacó que “una hermenéutica basada en el principio de armonización que ponga en contacto el precepto acusado con los principios y preceptos de la Carta que ordenan el respeto, garantía y protección de los derechos humanos, conduce a fijar un sentido de la norma, según el cual ‘*En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este*’, sin que ello excluya la aplicación del derecho internacional de los derechos humano”²¹. Así, la Honorable Corte precisó que “la complementariedad y convergencia que rigen las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, [...] tiene repercusiones en el ámbito de la aplicación judicial, en el que estos ordenamientos jurídicos complementarios y convergentes también interactúan. El hecho de que el derecho internacional humanitario pueda ser considerado, en investigaciones de conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, *lex specialis*, ello en modo alguno implica prescindir de la aplicación de otros imperativos como los derivados de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos; esto sería contrario al reconocido carácter complementario de estos *corpus iuris*. En tales eventos lo que ocurre es que el DIH puede servir como *lex specialis* para interpretar y aplicar los instrumentos

¹⁶ Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, párrafo 11 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 de 26 de mayo de 2004).

¹⁷ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, 2007, págs. XXXV y XXXVI; y 60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - Declaración del señor Jakob Kellenberger, Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, de 17 de marzo de 2004, disponible en <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5xfhc9?opendocument>.

¹⁸ Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos - Informe del Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, nombrado de conformidad con la resolución 2004/87 de la Comisión, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005, párr. 27.

¹⁹ Ver, *inter alia*, las Sentencias C-574/92, C-225/95, C-578/02, C-067/03, C-579/013 y C-084/16.

²⁰ Acto Legislativo No. 1 de 25 de junio 2015, “*Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia*”.

²¹ Sentencia C-084 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 103.

internacionales de derechos humanos [...]De tal manera que la interacción de estos dos órdenes normativos no solamente tiene implicaciones en el plano teórico sino también en el campo de la actividad judicial, durante el proceso de adecuación que en el marco de su autonomía, deben adelantar las autoridades judiciales cuando examinan las fuentes aplicables y el sentido de los textos bajo los cuales resuelven los casos.”²². En conclusión, la Honorable Corte señaló que “el debido proceso de las personas investigadas, los derechos de las víctimas y de sus familiares, así como el orden justo, solo pueden ser asegurados mediante el acatamiento integrado, armónico y convergente de los mandatos constitucionales y los imperativos de respeto, garantía y protección del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, deber erigido en pilar fundamental del ordenamiento constitucional vigente. Esta es la única interpretación compatible con el deber del Estado de garantizar y proteger el núcleo común que comparten el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, [...] y que] resulta imprescindible que la previsión contenida en el inciso segundo del Acto legislativo 01 de 2015 deba ser comprendida en el sentido de incluir dentro del marco normativo aplicable a la investigación y juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por conductas cometidas en relación con el conflicto armado, los principios y normas del derecho internacional humanitario, sin exclusión del derecho internacional de los derechos humanos.”²³

13. Por demás, varios instrumentos internacionales de derechos humanos incorporan expresas cláusulas sobre el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico. Así, cabe destacar los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (principio 24), el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (principio 27,b), los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* (Principio 19) y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 6,1). Asimismo, aun cuando la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* no tiene ninguna disposición expresa sobre esta cuestión, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha considerado que, a la luz de la obligación de juzgar y castigar a los responsables del crimen de tortura contenida en la Convención: “[l]os superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden eludir la culpabilidad, ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo”²⁴.

14. Al no incorporar las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la determinación de la responsabilidad penal del mando, no sólo se estaría vulnerando flagrantemente los principios de complementariedad y doble protección sino también obligaciones internacionales convencionales, como la que impone el artículo 6 (1) de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ratificada por el Estado colombiano, y la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*.

²² *Ibíd.*, párrs. 104 y 105.

²³ *Ibíd.*, párr. 108.

²⁴ *Observación General N° 2 “Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”*, párr. 26, en documento de las Naciones Unidas CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008.

15. Como ya se indicó, el artículo 24 no incorporó el Derecho Penal Internacional dentro de los parámetros que debe tender en cuenta la Jurisdicción Especial para la Paz para determinar si se configura la responsabilidad de mando.

16. El principio de la responsabilidad penal del superior jerárquico (o responsabilidad penal del mando) no solo es una emanación del Derecho Penal Internacional sino una figura jurídica ampliamente regulada tanto por los diversos instrumentos internacionales penales²⁵ como por la jurisprudencia de tribunales internacionales²⁶. Estas normas y estándares internacionales constituyen un referente ineludible para los tribunales nacionales.

17. El principio de complementariedad el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ha venido incorporando el Derecho Penal Internacional. Así, el ser humano se encuentra igualmente bajo la protección del Derecho Penal Internacional. En ese contexto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha señalado que “[e]l principio general del respeto de la dignidad humana es la base del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y es, de hecho, su razón de ser; es en lo sucesivo tan importante que impregna al derecho internacional en su conjunto”.²⁷ Al respecto, cabe recordar que el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* establece como fuentes de derecho para la Corte Penal Internacional los “principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados”²⁸ y estipula que “la aplicación e interpretación del derecho [...] deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”²⁹.

18. La Honorable Corte Constitucional ha señalado la interacción entre el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho internacional de los Derechos Humanos³⁰, implica “[l]a imposibilidad de partir de una predeterminada selección que privilegie *a priori* la aplicación del derecho internacional humanitario como marco para la investigación y juzgamiento de las conductas relacionadas con el conflicto armado, atribuibles a los miembros de la fuerza pública, con exclusión de

²⁵ Así cabe destacar, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, el *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, el *Reglamento No. 2000/15 de 6 de junio de 2000 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves*, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, la *Ley relativa a la creación de salas extraordinarias en el seno de los tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática* y el *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano*.

²⁶ Ver, entre otros: Tribunal Militar Internacional de Núremberg (Sentencia del 1 de octubre de 1946); Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Sentencia del 12 de noviembre de 1948, Caso *Koki Hirota*); Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Sentencia de 16 de noviembre 1998, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others- "Celibici Camp"*; Sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*; Sentencia de 1º de septiembre 2004, Caso No. IT-99-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*); Tribunal Penal Internacional para Ruanda Sentencia de septiembre 1998, Caso N° ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*; Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Caso No. ICTR-97-23-S, *The Prosecutor v. Jean Kambanda*; Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*; y Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1-A, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*); Tribunal Especial para Sierra Leona (Sentencia de 28 de mayo de 2008, Caso No. SCSL-04-14-A, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*; Sentencia de 22 de febrero de 2008, Caso No. SCSL-04-16-T, *The Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu.*); y Corte Penal Internacional (Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08).

²⁷ Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Fiscal c. Anto Furundizija*, caso No. IT/95-17/I-T, párr.183 (Original en francés, traducción libre).

²⁸ Artículo 21 (1,b).

²⁹ Artículo 21 (3).

³⁰ Sentencia C-084 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 103.

otros *corpus iuris*, también imperativos”³¹.

19. En suma, al investigar y procesar a personas por su responsabilidad penal como superior jerárquico en la comisión de crímenes bajo el Derecho internacional – como lo son los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial y la tortura, entre otros-, un tribunal nacional no puede ignorar las normas y estándares del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional. Una legislación, como el artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 del 2017, que descarte la aplicación de ambas ramas del Derecho internacional es incompatible con las obligaciones internacionales – tanto convencionales como consuetudinarias – del Estado.

IV. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR

20. Históricamente el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico tiene su origen en el derecho de la guerra³². El *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* de la *Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* estableció que las fuerzas armadas debían estar bajo la autoridad de un comandante, responsable por la conducta de los subordinados. Esta regla sería posteriormente reiterada por el Derecho Internacional Humanitario, en particular por los Convenios III y IV de Ginebra de 1949³³.

21. Así, el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico encuentra su origen y es una consecuencia de la aplicación del principio de responsabilidad en el mando o mando responsable. Como lo precisó el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: “[l]as nociones de responsabilidad en el mando o mando responsable y de responsabilidad penal del superior jerárquico son distintas pero intrínsecamente ligadas. Mientras la primera está referida a las obligaciones que tienen o emanan del estatus de superior jerárquico, la noción responsabilidad del superior jerárquico se refiere a las consecuencias penales que genera el incumplimiento de estas obligaciones³⁴. De tal modo que, como lo ha precisado el Tribunal, “los elementos constitutivos de la responsabilidad del superior jerárquico devienen de aquellos del mando responsable”³⁵.

22. Sería fundamentalmente con los horrores de la I Guerra Mundial que la cuestión de la responsabilidad penal del superior jerárquico se plantearía. Así, el asunto de la omisión o negligencia criminal de los comandantes, por no haber actuado para impedir la comisión de crímenes teniendo el deber de hacerlo, fue planteada de manera más clara. Uno de los primeros precedentes lo constituyó la *Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones*, establecida por la Conferencia de Paz de 1919. Esta Comisión planteó la necesidad de juzgar y sancionar no sólo a los superiores que habían dado las órdenes de cometer crímenes sino también a aquellos que, en conocimiento de causa y habilitados con poderes para intervenir, se

³¹ Sentencia C-084 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, párr. 103.

³² Ver, por ejemplo: *Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* y el *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*.

³³ Ver, por ejemplo: artículos 4 y 39 del III Convenio y artículo 99 del IV Convenio.

³⁴ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, decisión sobre el recurso interlocutorio de incompetencia en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, 16 de julio de 2003, *El Procurador c. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura*, Caso No. IT-01-47-AR72, párrs. 22 y siguientes.

³⁵ *Ibid.*, párr. 22 (original en francés, traducción libre).

habían abstenido de impedir o de tomar las medidas para impedir, hacer cesar o reprimir esos crímenes³⁶.

23. No obstante, sería en el marco de la represión de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante la II Guerra Mundial que se cristalizaría por vía jurisprudencial definitivamente el principio de responsabilidad penal individual del superior jerárquico. En efecto y aunque ni el Acuerdo de Londres de 8 de octubre de 1945 ni el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg* (Tribunal de Núremberg), ni el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente* (Tribunal de Tokio), como tampoco Ley No. 10 de Consejo de Control Aliado³⁷ hacían referencia expresa a esta forma de responsabilidad penal, tanto el Tribunal de Núremberg, el de Tokio y los Tribunales aliados - establecidos por Ley No. 10 de Consejo de Control Aliado - hallaron culpables por este tipo de responsabilidad a varios dirigentes y superiores jerárquicos de las fuerzas del Eje³⁸. En varios casos³⁹, los Tribunales aliados hallaron el fundamento jurídico del principio de responsabilidad penal del superior jerárquico en el derecho internacional consuetudinario, los artículos 1 y 43 del *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de la Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* y otros instrumentos jurídicos internacionales⁴⁰. Este principio, reconocido desde larga data y reafirmado en numerosos instrumentos internacionales posteriores a la II Guerra Mundial⁴¹, exige que los miembros de las fuerzas militares estén bajo las órdenes de un superior responsable de su conducta.

24. Desde entonces el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico ha sido codificado en varios instrumentos internacionales de Derecho Penal

³⁶ Informe de la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre Sanciones de la Conferencia de Paz de 1919-1920, de 29 de marzo de 1919, en *La documentation internationale, La paix de Versailles*, Vol. III, París, 1930, pág. 480.

³⁷ Ley N°10 del Consejo de Control Aliado, *Sanción de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y de crímenes de lesa humanidad*, de 20 de diciembre de 1945.

³⁸ Caso Wilhelm Frick en la Sentencia del 1 de octubre de 1946 del Tribunal de Núremberg; y casos de Hideki Tojo y de Koki Hirota en Sentencia del 12 de noviembre de 1948 del Tribunal de Tokio (*Record of Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East (1946-1949)*, vol.20, pp.49, 791 and 49, 831, reimpresso en J.R. Pritchard (ed.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Garland, Nueva York, 1981-1988).

³⁹ Caso Yamashita, Sentencia de 4 de febrero de 1946 de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (Citado en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986, pág.68); Caso *Von Leeb (German High Command Trial)*, Sentencia de 28 de octubre de 1948 del Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg, (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 11 (Trials), 1950, p. 1462.); Caso *Pohl y otros*, Sentencia de 3 de noviembre de 1947 del Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg; Caso *List (Hostage Trial)*, Sentencia de 19 de febrero de 1948 del Tribunal Militar de Estados Unidos de América, Núremberg (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 11, 1950, p. 1303; citado en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen I*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986, págs. 95 y 96); Caso *Herman Roechling*, Sentencia de 1946 del Tribunal General del Gobierno Militar de la zona francesa de ocupación en Alemania (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 14, 1950, p. 1097; en *Trials of War Criminals*, London, 30 junio 1948, Vol. XIV, anexo b, pág. 1088); *United States v. von Weizsaecker (Ministries case)*, (*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 14, 1950, p. 308); y Caso *Karl Rauer and Others*, Sentencia del 18 de febrero de 1946 del Tribunal Militar de Wuppertal (Reino Unido).

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el caso Yamashita, se refirió igualmente a otros tratados que establecían principio de responsabilidad del superior jerárquico, tales como la *Convención para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de los ejércitos en campaña*, Ginebra, 1929 (art. 26).

⁴¹ Ver *inter alia*: *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I), artículo 43; y *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II), artículo 1.

Internacional⁴², de Derecho Internacional Humanitario⁴³ y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁴, y ha sido ampliamente reiterado por los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia⁴⁵ y para Ruanda⁴⁶, el Tribunal Especial para Sierra Leona⁴⁷ y la Corte Penal Internacional⁴⁸. Asimismo, el principio ha sido reconocido por legislaciones nacionales⁴⁹ y la jurisprudencia de tribunales nacionales⁵⁰. Finalmente, cabe resaltar que la Asamblea General⁵¹, el Secretario General⁵² y la antigua Comisión de Derechos Humanos⁵³ de las Naciones Unidas han reafirmado este principio.

25. Hoy, el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico respecto de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra así como de graves violaciones de

⁴² El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (art. 6); el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* (art. 7,3); el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (art. 6,3); el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (art. 28); el *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona* (art. 6,3); el *Reglamento No. 2000/15 de 6 de junio de 2000 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves*, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (art. 16); la *Ley relativa a la creación de salas extraordinarias en el seno de los tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática* (art. 29); y el *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano* (art. 3).

⁴³ El *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* (art. 86,2) y las *Normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario* (norma 153).

⁴⁴ Los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* (principio 24); el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (principio 27,b); y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (art. 6,1).

⁴⁵ Ver, entre otros, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Zoran Delalic and others* ("Celibici Camp"); Sentencia de 3 de marzo de 2000, Caso No. IT-95-14-T, *The Prosecutor v. Blaskic* ("Lasva Valley"); Sentencia de 26 de febrero de 2001, Case No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez* ("Lasva Valley"); Sentencia de 23 de octubre de 2001, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*, Caso No. IT-95-16-A; Sentencias de 30 de marzo de 2004 y de 20 de julio 2005, Caso No. IT-02-61-S, *The Prosecutor v. Miroslav Deronjic*; Sentencia de 21 de junio de 2001, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, *The Prosecutor v. Kunarac and Kovac*, Sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*; y Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*.

⁴⁶ Ver, entre otros, Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sentencia de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*; Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*; Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Caso No. ICTR-97-23-S, *The Prosecutor v. Jean Kamukanda*; y Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1-A, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*.

⁴⁷ Ver, entre otros, Tribunal Especial para Sierra Leona: Sentencia de 28 de mayo de 2008, Caso No. SCSL-04-14-A, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*; y Sentencia de 22 de febrero de 2008, Caso No. No. SCSL-04-16-T, *The Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*.

⁴⁸ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08.

⁴⁹ Ver, por ejemplo: Armenia, Código Penal (artículo 361); Bélgica, la Ley de 16 de junio de 1993, relativa a las infracciones graves a los Convenios internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II del 8 de junio de 1977 (artículo 4); Francia, Ordenanza de 8 de agosto de 1944 (artículo 4); Indonesia, la Ley de derechos humanos No. 26/2000 (artículo 42); Nicaragua, Código Penal (artículo 522); Panamá, Código Penal (artículo 445); Uruguay, Ley No. 18.026 de 25 de septiembre 2006, que tipificó el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el homicidio político, la tortura, la desaparición forzada, la privación grave de la libertad y la agresión sexual contra persona privada de libertad (artículo 10).

⁵⁰ Ver por ejemplo: Tribunal de Apelación del Tribunal Militar de Canadá, Caso *Boland* (1995); Tribunal Federal de Florida (Estados Unidos de América), Caso *Ford v. García* (2000); y Tribunal Especial de Derechos Humanos de Timor Oriental, Caso *Abilio Soares* (2002).

⁵¹ Ver, por ejemplo, las resoluciones Nos. 48/143, 50/192, 51/115 y 49/205.

⁵² Ver, por ejemplo: *Violencia sexual relacionada con los conflictos - Informe del Secretario General*, documento de las Naciones Unidas A/66/657-S/2012/33, de 13 de enero de 2012, párrafo 5; e *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, documento de las Naciones Unidas S/25704 de 20 de mayo de 1993, párr. 56.

⁵³ Ver, por ejemplo, la resolución No. 1994/77.

derechos humanos constitutivas de crímenes bajo el Derecho internacional —como la ejecución extrajudicial, la tortura y la desaparición forzada— es una norma del derecho internacional consuetudinario. Así, por ejemplo, lo han reafirmado los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda⁵⁴. Igualmente, en su trascendental estudio sobre derecho internacional humanitario consuetudinario, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) llegó a la conclusión de que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico es hoy una norma del derecho internacional consuetudinario, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados internos⁵⁵.

V. NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

26. El principio de responsabilidad penal del superior jerárquico ha sido codificado por normas y estándares internacionales, tanto de Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

27. Sin embargo, no sobra advertir que si bien otros tratados e instrumentos internacionales no contienen una cláusula expresa sobre responsabilidad penal del superior jerárquico, la doctrina ha considerado que este principio está implícitamente incorporado tanto por la naturaleza de estos tratados e instrumentos, como por el carácter de norma de derecho internacional consuetudinaria del principio. Así, por ejemplo, la Comisión Independiente de Expertos, creada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para investigar el Genocidio y demás crímenes cometidos en Ruanda⁵⁶, y cuyos trabajos serían la base fundamental para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, consideró que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico estaba implícitamente reconocido en el artículo IV de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*⁵⁷. Respecto de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de las Naciones Unidas de 1968, la doctrina ha considerado que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico está implícitamente incorporado a través de la incriminación de la “tolerancia” de representantes del Estado respecto de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad⁵⁸.

A. Normas e instrumentos del Derecho Penal Internacional

28. El principio de responsabilidad penal del superior jerárquico ha sido codificado en el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, el *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*, el *Reglamento No. 2000/15 de 6 de*

⁵⁴ Ver, por ejemplo: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, decisión sobre el recurso interlocutorio de incompetencia en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, 16 de julio de 2003, Caso N° IT-01-47-AR72, *The Prosecutor v. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, párrafo 37 y Sentencia de 21 de mayo de 1999, Caso No. ICTR-95-1-A, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*.

⁵⁵ CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen No. 1 Normas*, Ed. CICR, 2007, pág. 632 y siguientes.

⁵⁶ Resolución No. 935 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

⁵⁷ *Preliminary report of the Independent Commission of Experts established in accordance with Security Council resolution 935 (1994)*, Documento de las Naciones Unidas S/1994/1125, pág. 28, párr. 130.

⁵⁸ Artículo II de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*.

junio de 2000 sobre el *Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves*, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, la *Ley relativa a la creación de salas extraordinarias en el seno de los tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática* y el *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano*.

29. El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* fue elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, por mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵⁹. Aún cuando para 1996 la Comisión de Derecho Internacional concluyó sus respectivos proyectos de *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* y de *Estatuto de un tribunal penal internacional*⁶⁰, estos nunca fueron adoptados debido al bloqueo de varios Estados a la creación de una jurisdicción penal universal, lo que conllevó a la convocatoria de la Conferencia Diplomática de Roma que adoptaría, el 17 de julio de 1998, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. No obstante, el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* así como los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional constituyeron los insumos básicos del Comité preparatorio de la Conferencia Diplomática de Roma que adoptaría, el 17 de julio de 1998, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

30. Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina internacionales consideran que el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (su versión parcial y referida a la parte sustantiva, esto es: crímenes, régimen de responsabilidad penal y principios generales de derecho) es parte del derecho internacional consuetudinario. Los tribunales penales internacionales se refieren al Proyecto de Código así como a los trabajos de la comisión de Derecho Internacional como fuentes de derecho.

31. El *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996) de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas codificó el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico en los siguientes términos:

“El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas necesarias a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.”⁶¹ (Subraya añadida).

32. El Relator Especial del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* recordó “todo jefe militar tiene la obligación de informarse de la situación del personal bajo su mando y de los actos que cometen o proyectan

⁵⁹ Resolución 177 (III) de 21 de noviembre de 1947. Ver igualmente las Resoluciones 260 (III) (B) de 9 de diciembre de 1948, 36/106 de 10 de diciembre de 1981 y 45/41 de 28 de noviembre de 1990.

⁶⁰ Una primera versión del proyecto de Código sería terminada en 1990 y, en julio de 1996, después de 5 años de comentarios de los Estados al proyecto y de varias revisiones, la Comisión de Derechos Internacional adoptó el texto definitivo del proyecto de Código (Ver: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, Documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10)*). El proyecto de Estatuto del Tribunal sería adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 1994 (*Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1994, Documentos oficiales de la Asamblea General, Cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.10 (A/49/10)*).

⁶¹ Artículo 6.

cometer”⁶². Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional destacó que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico es una consecuencia del principio de responsabilidad de los mandos, consagrado en la *Convención (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya de 1907* así como en otros instrumentos jurídicos, como los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977⁶³.

33. El *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* codificó el principio en los siguientes términos: “[e]l hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.”⁶⁴ (Subraya añadida).

34. El principio está codificado en el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda* en los siguientes términos: “[e]l hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.”⁶⁵ (Subraya añadida).

35. El *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* codificó el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico dentro de la Parte III del tratado, intitulada “De los principios generales de derecho penal”. Así, su artículo 28 (*Responsabilidad de los jefes y otros superiores*) estipula: “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 su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: “i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y “ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. “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 el superior: 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

⁶² “Quinto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1987, Volumen II, Segunda Parte*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1987/Add.1 (Part 1), pág. 9.

⁶³ Ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), págs. 37 y 38.

⁶⁴ Artículo 7(3).

⁶⁵ Artículo 6 (3)

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.”⁶⁶ (Subraya añadida).

36. El *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona* codificó el principio en los siguientes términos: “[e]l hecho de que uno de los actos a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no exonerará de responsabilidad penal a su superior si hubiese sabido o hubiese tenido motivo para saber que el subordinado estaba por cometer esos actos o lo había hecho y no hubiese tomado las medidas razonables que fuesen necesarias para prevenirlos o para castigar a sus autores.”⁶⁷ (Subraya añadida).

37. El principio esta igualmente codificado en el *Reglamento No. 2000/15 de 6 de junio de 2000 sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves*, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental. Así, su artículo 16 estipula: “Además de otras causales de responsabilidad penal bajo la presente reglamentación para los graves delitos contemplados en los artículos 4 a 7 del presente Reglamento, el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los citados artículos 4 a 7 fue cometido por un subordinado no exime a su superior de la responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores de los mismos”⁶⁸. (Subraya añadida).

38. La *Ley relativa a la creación de salas extraordinarias en el seno de los tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática*⁶⁹, de 27 de octubre de 2004, codificó el principio en los siguientes términos: “[e]l hecho de que los actos enumerados en los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta Ley [homicidio, tortura, persecución religiosa, genocidio, crímenes contra la humanidad, graves infracciones a los Convenios de Ginebra, crímenes de guerra, y crímenes contra personas que están bajo la protección internacional de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*] hayan sido cometidos por los subordinados no puede exonerar al superior de su responsabilidad penal individual, si el superior tenía bajo su mando y su control efectivo o bajo su autoridad y control al subordinado, y el superior sabía o tenía razones para creer que el subordinado estaba cometiendo o había cometido estos actos, y el superior no tomó todas las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores”⁷⁰. (Subraya añadida).

39. El *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano*⁷¹ codificó el principio en los siguientes términos: “Será penalmente responsable de cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 2 del presente Estatuto que haya sido cometido por subordinados que se encuentren bajo su autoridad y supervisión efectivas y sobre los

⁶⁶ Artículo 28 “Responsabilidad de los jefes y otros superiores”.

⁶⁷ Artículo 6 (3).

⁶⁸ Artículo 16. Original en inglés, traducción libre.

⁶⁹ Esta ley, estableciendo un tribunal mixto, fue adoptada por las autoridades de Camboya en virtud del acuerdo suscrito con la Organización de las Naciones Unidas el 6 de julio de 2003 (ver resolución No. 58/191 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 22 de diciembre de 2003).

⁷⁰ Artículo 29. Original en francés, traducción libre.

⁷¹ Resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 30 de mayo de 2007.

que no haya ejercido el debido control cuando: “a) El superior tuviera conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer tales delitos o hubiera ignorado, en forma deliberada, información que pusiera claramente de relieve esas circunstancias; “b) Los delitos estuvieran relacionados con actividades pertenecientes al ámbito efectivo de responsabilidad y control del superior; y “c) El superior no hubiera tomado todas las medidas razonables que fuesen necesarias y entraran dentro de sus atribuciones para prevenir o suprimir su comisión o para someter la cuestión a las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento”⁷². (Subraya añadida).

B. Normas del Derecho Internacional Humanitario

40. El principio de responsabilidad penal del superior jerárquico ha sido codificado en el *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* y las *Normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario*.

41. El *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* lo codificó en los siguientes términos: “[e]l hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”⁷³ (Subraya añadida).

42. Cabe destacar que el artículo 86 fue adoptado por consenso por los Estados, tanto en la comisión como en la sesión plenaria de la Conferencia Diplomática. En su Comentario al artículo 86⁷⁴, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) señaló que esta disposición está estrechamente relacionada con el párrafo 1 del artículo 87, “Deberes de los Jefes”, del mismo Protocolo I, que prescribe que: “[l]as Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes”. Asimismo, el CICR precisó que el párrafo 2 del artículo 86 incriminó la omisión del superior tanto en casos de graves infracciones como en casos de infracciones no graves⁷⁵.

43. Las *Normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario*, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados internos⁷⁶, lo codificaron en los siguientes términos: “[l]os jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si

⁷² Artículo 3.

⁷³ Artículo 86 (2).

⁷⁴ Ver Comentario al artículo 86 del Protocolo I en: CICR, *Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977 – *Commentaires* (<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>).

⁷⁵ Ver comentario al artículo 86 del Protocolo I, párrafo 3542, en CICR, *Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977 – *Commentaires* (<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>).

⁷⁶ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Volumen I: Reglas*, Ed. CICR, 2007.

sabían, o deberían haber sabido, que estos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables”.⁷⁷ (Subraya añadida).

C. Normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos

44. El principio de responsabilidad penal del superior jerárquico ha sido codificado en los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

45. Los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* lo codificaron en los siguientes términos: “[l]os gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.”⁷⁸ (Subraya añadida).

46. El principio se encuentra igualmente codificado en el *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* en los siguientes términos: “El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si estos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o castigar el delito.”⁷⁹ (Subraya añadida).

47. La *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* codificó el principio en los siguientes términos: “Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: [...] “b) Al superior que: i) Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento [...]”⁸⁰ (Subraya añadida).

48. Cabe destacar que durante el proceso de redacción y negociación de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las*

⁷⁷ Norma 153.

⁷⁸ Principio 24.

⁷⁹ Principio 27 (b).

⁸⁰ Artículo 6 (1). Asimismo, el inciso c del numeral 1 del artículo 6 (1) estipula que “[e]l inciso b) *supra* se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar.”

desapariciones forzadas, numerosas delegaciones gubernamentales insistieron en la necesidad de incorporar en el tratado una cláusula expresa y autónoma relativa a la responsabilidad penal del superior jerárquico⁸¹. Las delegaciones gubernamentales destacaron que esta forma de responsabilidad penal era diferente de la complicidad, la asociación para cometer el crimen y de otras formas de participación accesorias. Asimismo, numerosas delegaciones destacaron que la responsabilidad penal del superior jerárquico era una norma del derecho internacional.

V. NATURALEZA Y CARACTERIZACIÓN DEL PRINCIPIO RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR JERÁRQUICO

49. El principio de responsabilidad penal del superior fue inicialmente caracterizado como una forma extensiva de complicidad⁸². Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Secretario General de las Naciones Unidas y las Comisiones de investigación sobre crímenes establecidas por el Consejo de Seguridad (en los casos de Ruanda, Yugoslavia, Sierra Leona y Darfur), así como la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, han caracterizado este principio como una modalidad de responsabilidad penal por omisión⁸³. Esta modalidad de responsabilidad penal individual no es extraña a los sistemas penales nacionales y tiene reconocimiento bajo distintas denominaciones.

50. Así, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha caracterizado este principio como una modalidad de negligencia criminal, que incrimina la omisión del superior de impedir, hacer cesar o reprimir conductas ilícitas de sus subordinados⁸⁴. Por su parte el Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe relativo al establecimiento de un tribunal penal internacional para Ruanda, consideró que este principio tiene como fin sancionar al superior jerárquico por la omisión de su deber de impedir, hacer cesar o reprimir los crímenes cometidos por sus subordinados⁸⁵. Los trabajos de redacción del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de la Comisión de Derecho Internacional resultan ilustrativos a este respecto. La Comisión recordó que existe una norma de derecho internacional según la cual “toda persona tiene el deber de respetar las normas pertinentes del derecho internacional y, por consiguiente, puede incurrir en responsabilidad de no cumplir ese deber”⁸⁶. En ese contexto, precisó que “la persona incurre en responsabilidad penal por omisión al dejar

⁸¹ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/59 de 23 de febrero de 2004, párrs. 55 y siguientes.

⁸² Ver, por ejemplo, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional durante la década de 1980 (“Cuarto informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1986, Volumen II – Primera Parte*, documento de las Naciones Unidas A/CN.4/SER.A/1986/Add.1 (Part 1)).

⁸³ Ver, entre otros: *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Geneva, 25 January 2005, párrafo 558; *Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, documento de las Naciones Unidas S/1994/674 de 27 mayo de 1994, párrs. 55 y ss.; y Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08.

⁸⁴ Ver Comentario al artículo 86 del Protocolo I, párrafos 3541 y 3542, en CICR, *Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977 – *Commentaires* (<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>).

⁸⁵ Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento de las Naciones Unidas S/25704 de 20 de mayo de 1993, párrafo 56.

⁸⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, documento de las Naciones Unidas A/51/10, suplemento 10, pág. 24.

de realizar una acción en violación del deber de abstenerse de realizar tal acción”⁸⁷. Así, al comentar el artículo 6 del *Proyecto de Código*, la Comisión concluyó que el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico, además de estar fundado en el principio del mando responsable reconocido en varios instrumentos internacionales⁸⁸, sanciona al superior que “contribuye indirectamente a la comisión de un crimen por su subordinado al no impedir o reprimir la conducta ilegal”⁸⁹. En ese mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia precisó que la responsabilidad penal del superior jerárquico “es el corolario de su obligación de actuar, [y por ende] esta responsabilidad es por tanto una responsabilidad por omisión de prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados”⁹⁰.

51. La jurisprudencia internacional ha precisado que este principio requiere del elemento moral —elemento cognoscitivo y volutivo, *mens rea*— y que está basado en una negligencia criminal que se asimila a una intención criminal⁹¹. La jurisprudencia internacional ha señalado reiterativamente que no basta que se tenga una posición de superior, ya sea *de jure* o *de facto* —lo cual equivaldría a resumir el principio a una modalidad de responsabilidad penal objetiva, prohibida por el derecho internacional—, sino que se requiere que el superior tenga tanto un control efectivo sobre el subordinado como conocimiento o razones para saber de la comisión del crimen⁹². El elemento moral (*mens rea*) se requiere tanto en la hipótesis del superior militar como del superior civil⁹³.

52. Aún cuando los instrumentos normativos internacionales presentan algunas diferencias en la redacción del principio de responsabilidad penal individual del superior jerárquico, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia⁹⁴ y para Ruanda⁹⁵, el Tribunal Especial para Sierra Leona⁹⁶ y la

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Convención IV de la Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales* (Protocolo I); y *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II).

⁸⁹ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 48º periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documento de las Naciones Unidas A/51/10, suplemento 10, pág. 38.

⁹⁰ Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *Le Procureur c. Enver Hadzihanovic et Amir Kubura*, párrafo 75 (original en francés, traducción libre).

⁹¹ Ver, entre otros: Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Nuremberg, Sentencia de 28 de octubre de 1948, *United States v. Wilhelm von Leeb and others (Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946 – April 1949, 1949-1953*, vol. XI págs. 543 – 544); Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de Julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others- "Celibici Camp"* y Sentencia de 26 de febrero de 2001, Case No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez - "Lasva Valley"*, párrafos 425 y siguientes; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, párrafo 44 y siguientes.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Sentencia de 1º de septiembre 2004, Caso N° IT-99-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, párrs. 282-283.

⁹⁴ Ver, entre otros, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Zoran Delalic and others ("Celibici Camp")*; Sentencia de 3 de marzo de 2000, Caso No. IT-95-14-T, *The Prosecutor v. Blaskic ("Lasva Valley")*; Sentencia de 26 de febrero de 2001, Case No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez ("Lasva Valley")*; Sentencia de 23 de octubre de 2001, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*, Caso No. IT-95-16-A; Sentencias de 30 de marzo de 2004 y de 20 de julio 2005, Caso No. IT-02-61-S, *The Prosecutor v. Miroslav Deronjic*; Sentencia de 21 de junio de 2001, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, *The Prosecutor v. Kunarac and Kovac*, Sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*; y Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihanovic and Amir Kubura*.

⁹⁵ Ver, entre otros, Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sentencia de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*; Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v.*

Corte Penal Internacional⁹⁷ así como la doctrina internacional⁹⁸, han precisado el contenido y los elementos constitutivos de este principio. Así, según los instrumentos y la jurisprudencia internacionales, el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico está constituido por tres elementos esenciales:

- a) La existencia de una relación y de control efectivo entre superior y subordinado;
- b) El conocimiento por parte del superior jerárquico de que el crimen estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido; y
- c) El incumplimiento por parte del superior jerárquico de la obligación de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen, hacer cesar el crimen o para castigar al autor.

53. En una decisión de 2009, la Corte Penal Internacional consideró que, además de los tres anteriores elementos necesarios para que se configure la responsabilidad penal del superior jerárquico, se requiere: i) que el sospechoso tenga la condición de jefe militar o de una persona que ejerza efectivamente tal función; y ii) que el crimen cometido por los subordinados sea el resultado del hecho de que el superior no ejerció su control efectivo sobre las tropas bajo su mando⁹⁹. No obstante, no se trata de requerimientos adicionales impuestos por el artículo 28 del Estatuto de Roma, sino de precisiones sobre el alcance y contenido de los tres elementos básicos del principio de responsabilidad penal del superior jerárquico que hizo la Corte al decantar la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

a) El control efectivo del superior sobre el subordinado

54. El principio de responsabilidad penal del superior jerárquico requiere que exista una relación de subordinación entre el superior jerárquico y el autor de la conducta ilícita. Pero esta relación no debe ser meramente formal: se requiere que el superior tenga control efectivo respecto del subordinado. La relación entre el superior y el subordinado puede ser tanto *de jure* como *de facto* para generar responsabilidad penal del superior jerárquico, como ha sido reafirmado en varias sentencias de los tribunales internacionales¹⁰⁰. Los tribunales han considerado que el criterio fundamental es el

Ignace Bagilishema; Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Caso No. ICTR-97-23-S, *The Prosecutor v. Jean Kambanda*; y Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1-A, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*.

⁹⁶ Ver, entre otros, Tribunal Especial para Sierra Leona: Sentencia de 28 de mayo de 2008, Caso No. SCSL-04-14-A, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*; y Sentencia de 22 de febrero de 2008, Caso No. No. SCSL-04-16-T, *The Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*.

⁹⁷ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08.

⁹⁸ Ver, entre otros: Comisión de Derecho Internacional, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, Documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), págs. 37 y siguientes; y Comité Internacional de la Cruz Roja, "Comentario al artículo 86 del Protocolo I", párrafo 3543 en *Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977 – *Commentaires* (<http://www.icrc.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>).

⁹⁹ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08, párr. 408.

¹⁰⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1-A, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*; Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*; y Sentencia de 2 de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, ver entre otros: Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others- "Celibici Camp"*; Sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*; Sentencia de 3 de marzo de 2000, Caso No. IT-95-14-T, *The Prosecutor v. Blaskic - "Lasva Valley"*;

control efectivo de los superiores sobre los subordinados, en el sentido de la capacidad material de evitar que se cometan crímenes y castigar a los autores¹⁰¹. Tanto el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (artículo 28) y la *Ley relativa a la creación de salas extraordinarias en el seno de los tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática* (artículo 29) como la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 6) hacen expresa referencia a este elemento del control efectivo. El *Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano* remite a los conceptos de “autoridad y supervisión efectivas” (artículo 3), lo cual es asimilable al concepto de “control efectivo”.

55. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha señalado que la posición de superior jerárquico no puede ser únicamente determinada por la mera calidad oficial del superior: lo que resulta determinante es el control efectivo, ya sea *de jure* o *de facto*, del superior sobre el subordinado¹⁰². Esto es su capacidad, competencias y atribuciones reales para ejercer un control efectivo sobre sus subordinados. O como fue descrito por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, su capacidad material para prevenir y el crimen y hacer castigar a sus autores¹⁰³. Así, la relación superior-subordinado puede ser *de jure* o *de facto*: el factor determinante es que quien funge como superior tenga, *de jure* o *de facto*, un control efectivo sobre el subordinado. Como lo ha señalado el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, la cuestión de establecer la existencia de un control efectivo del superior sobre sus subordinados es tanto un asunto probatorio como de derecho sustancial¹⁰⁴.

56. Por su parte, la Corte Penal Internacional ha señalado que la redacción “cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo” del artículo 28 de Estatuto no crea un cúmulo de condiciones sino que está orientada a diferenciar el régimen de responsabilidad penal del superior jerárquico (*de iure* o *de facto*), según éste sea “jefe militar en el sentido estricto”¹⁰⁵ (“mando y control efectivo”) o se trate de “personas asimilables a jefes militares”¹⁰⁶ (“autoridad y control efectivo”), pero que no afecta el requisito de “control efectivo”¹⁰⁷. La Corte señaló que

Sentencia de 21 de junio de 2001, Caso No. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, *The Prosecutor v. Kunarac and Kovac*; y Decisión de 16 de junio de 2004, *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Caso No. IT-02-54-T. Tribunal Especial para Sierra Leona: Sentencia de 28 de mayo de 2008, Caso No. SCSL-04-14-A, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*; Sentencia de 22 de febrero de 2008, Caso No. No. SCSL-04-16-T, *The Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*. Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08.

¹⁰¹ Ver, entre otros: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Sentencia de 16 de noviembre 1998, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others- "Celibici Camp"*; Sentencia de 21 de junio de 1999, Caso No. IT-95-14/1, *The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*); Tribunal Penal Internacional para Rwanda Sentencia de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*; Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Caso No. ICTR-97-23-S, *The Prosecutor v. Jean Kambanda*; Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*; y Sentencias de 21 de mayo de 1999 y de 1 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1-A, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*) y Tribunal Especial para Sierra Leona (Sentencia de 28 de mayo de 2008, Caso No. SCSL-04-14-A, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*; Sentencia de 22 de febrero de 2008, Caso No. SCSL-04-16-T, *The Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*).

¹⁰² Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, párrafo 39.

¹⁰³ Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, párrafo 77. Ver igualmente las Sentencias de 16 de noviembre 1998 y de 20 de Julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others, "Celibici Camp"*.

¹⁰⁴ Sentencia de 17 de diciembre 2004, Case No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez - "Lasva Valley"*, párrs. 842-849.

¹⁰⁵ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08, párr. 412 (original en francés, traducción libre).

¹⁰⁶ *Ibidem* (original en francés, traducción libre).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

el elemento fundamental es el control efectivo del superior sobre sus subordinados. Así, la Corte precisó que “las palabras adicionales de ‘mando’ y ‘autoridad’, que distinguen los dos términos [empleados por el artículo 28], no tienen, en esencia, ningún efecto sobre el grado de ‘control’ requerido por la norma. Esto se desprende de la redacción de las dos expresiones, cuyo común denominador son las palabras ‘control’ y ‘efectivo’.”¹⁰⁸. Para ello, la Corte destacó varios criterios o elementos que permiten determinar si un superior tiene la autoridad y el control efectivo: la posición oficial del sospechoso; su poder de emitir y dar órdenes; su capacidad de hacerse obedecer (esto es que las ordenes emitidas sean ejecutadas); el lugar que ocupa en la jerarquía militar y las tareas que desempeña en la realidad; su capacidad de dar órdenes de combate a las unidades bajo su mando inmediato así como de aquellas ubicadas en escalones inferiores; su capacidad de reasignación de unidades o de modificación de su mando; su poder de promover, remplazar o sancionar a los miembros de las fuerzas así como de destituirlos de sus funciones; y su autoridad para enviar fuerzas donde se desarrollan los combates o de retirarlas¹⁰⁹.

57. En esa misma línea, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha identificado, entre otros, los siguientes criterios: la posición oficial del superior; los poderes legales del superior de ordenar y de hacer ejecutar sus órdenes; el poder disciplinario o punitivo del superior respecto de los subordinados; y los poderes del superior de nombramiento, ascenso y destitución de sus subordinados¹¹⁰.

58. Tratándose de comandantes militares —categoría que abarca tanto las fuerzas gubernamentales como paramilitares y los grupos armados de oposición—, la jurisprudencia internacional ha considerado que existe una presunción de que la condición de comandante viene acompañada de un control efectivo sobre los subordinados o tropa bajo mando¹¹¹.

59. El elemento del control efectivo sobre los subordinados deviene del principio del mando responsable constitutivo y está íntimamente ligado con la obligación del superior de tomar las medidas para prevenir el crimen, hacer cesar el crimen o para castigar al autor¹¹². El derecho internacional consagra la obligación, y en particular a los superiores jerárquicos, de hacer respetar el derecho internacional humanitario y los derechos humanos así como de prevenir y reprimir los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional¹¹³. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

¹⁰⁸ *Ibidem* (original en francés, traducción libre).

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 417.

¹¹⁰ Varios de esos criterios ha sido enumerados por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en su Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, párrs. 83 y siguientes. Ver igualmente: Decisión de 16 de junio de 2004, relativa a la moción de absolución, *The Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Caso No. IT-02-54-T, párrs. 304- 309; y Sentencia de 17 de diciembre 2004, Case No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez - "Lasva Valley"*, párr. 842-849.

¹¹¹ Tribunal Penal internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia de 20 de Julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others, Celibici Camp*.

¹¹² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, decisión sobre el recurso interlocutorio de incompetencia en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, 16 de julio de 2003, Caso No. IT-01-47-AR72, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, párrs. 22 y siguientes y Sentencia de 1 de septiembre 2004, Caso No. IT-99-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, párr. 281. Ver igualmente, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996*, documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), págs. 37 y 38.

¹¹³ Ver, entre otros: Resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992); Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, Sentencia del 12 de noviembre de 1948, Caso *Koki Hirota*, doc. cit.; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others- "Celibici Camp"*; Sentencia de 3 de marzo de 2000, Caso No. IT-95-14-T,

ha precisado que la responsabilidad del superior jerárquico “es el corolario de su obligación de actuar, [y por ende] esta responsabilidad es por tanto una responsabilidad por omisión”¹¹⁴ de ejercer sus facultades para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados bajo su efectivo control.

60. En suma, la aplicación del principio de responsabilidad penal del superior jerárquico implica la existencia de un control efectivo del superior sobre los subordinados. Las normas y la jurisprudencia internacionales se refieren al control efectivo sobre el subordinado, y no sobre su conducta criminal. Si así fuera (control efectivo sobre la conducta del subordinado), se estaría frente a otras hipótesis de responsabilidad penal, distintas al principio de responsabilidad penal del superior jerárquico, tales como la autoría intelectual, la autoría mediata por control de aparatos organizados de poder, la coautoría impropia o la instigación. Así, el artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 de 2017, al estipular que “[l]a responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta”, desnaturaliza el principio de principio de responsabilidad penal del superior jerárquico, cuando no lo hace inaplicable.

b) *El mens rea*

61. Un elemento constitutivo del principio de responsabilidad penal del superior jerárquico lo constituye el elemento moral (elemento cognoscitivo y volutivo o *mens rea*) del crimen¹¹⁵. La jurisprudencia y doctrina internacionales han señalado reiteradamente que no basta que se tenga una posición de superior jerárquico —ya sea *de jure* o *de facto*— y que se ejerza un control efectivo sobre los subordinados, sino que se requiere que el superior tenga conocimiento o razones para saber de la comisión del crimen¹¹⁶. Lo contrario sería asimilar este principio a una modalidad de responsabilidad penal objetiva, la cual está prohibida por el Derecho internacional. Como lo señaló la Corte Penal Internacional, “el Estatuto de Roma no reconoce el principio de responsabilidad sin falta. [...] la atribución de responsabilidad [...] depende del estado de espíritu o del grado de falta requerido”¹¹⁷.

62. Se requiere entonces, para la aplicación del principio, que el superior tenga conocimiento (“conocimiento real” o “conocimiento efectivo”) o tenga razones para saber de que el crimen estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido. Este último aspecto ha sido calificado por la jurisprudencia internacional de

The Prosecutor v. Blaskic - "Lasva Valley"; Sentencia de 26 de febrero de 2001, Caso No. IT-95-14/2, *The Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez - "Lasva Valley"*, párrs. 366 - 371 y 401 y siguientes y Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*; Sentencia de 1 de septiembre 2004, Caso No. IT-99-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, párr. 283.

¹¹⁴ Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *Le Procureur c. Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura*, párr. 75 (original en francés, traducción libre).

¹¹⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, párrs. 44 y siguientes. Ver igualmente la Sentencia de 2 de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, párr. 489.

¹¹⁶ Ver entre otros: Tribunal Militar de los Estados Unidos de América, Núremberg, Sentencia de 28 de octubre de 1948, *United States v. Wilhelm von Leeb and others (Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Núremberg, October 1946 – April 1949, 1949-1953, vol. XI págs. 543 – 544)*; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sentencia de 16 de noviembre 1998 y Sentencia de 20 de julio de 2000, Caso No. IT-96-21-T, *The Prosecutor v. Z Delalic and others- "Celibici Camp"*; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 7 de junio de 2001, Caso No. ICTR-95-1A-T, *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, párrs. 44 y siguientes y Sentencia de 2 de septiembre 1998, Caso No. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, párr. 489; Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08, párrs. 427 y ss.

¹¹⁷ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08, párr. 427.

conocimiento “inferido”, “constructivo” o “imputable”, y está ampliamente reconocido por los instrumentos jurídicos internacionales. Así, estos retienen distintas locuciones para ello:

- “poseían información que les permitiera concluir”, artículo 86, párrafo 2 del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*;
- “tenían motivos para saber”, artículo 6 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* emplea la locución;
- “tenía razones para saber”, artículo 7,3 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* y artículo 6,3 del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda* emplean la locución;
- “hubiese tenido motivo para saber”, artículo 6,3 del *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*;
- “hubiere debido saber” artículo 28 (a) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*;
- “tenía razones para creer”, artículo 29 de la *Ley relativa a la creación de salas extraordinarias en el seno de los tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática*;
- “tenían motivos para saber”, principio 27 (b) del *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*;
- “debieran haberlo[el conocimiento] tenido”, Principio 24 de los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*;
- “deberían haber sabido”, Norma 153 de las *Normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario*

63. Estas formulaciones cubren, básicamente, el concepto de “conocimiento inferido” o “conocimiento imputable”, como lo ha señalado el CICR¹¹⁸. El CICR ha recordado 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.”¹¹⁹

64. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional precisó que para que tal tipo de responsabilidad penal se configure: “el superior debe haber sabido o haber tenido motivos para saber, dadas las circunstancias del caso, que un subordinado suyo estaba cometiendo o iba a cometer un crimen. [...] Este criterio indica que el superior debe tener la *mens rea* necesaria para incurrir en responsabilidad penal en dos situaciones diferentes. En la primera situación, el superior sabe efectivamente que su subordinado está cometiendo o va a cometer un crimen. En tal caso, puede considerarse que es cómplice del crimen según los principios generales del derecho penal relativos a la complicidad. En la segunda situación, tiene información suficiente para llegar a la conclusión, dadas las circunstancias del caso, de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer un crimen. En esta situación el superior no tiene conocimiento real de

¹¹⁸ CICR, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen No. 1 Normas*, Ed. CICR, 2007, pág. 635.

¹¹⁹ *Ibidem*.

la conducta ilícita que sus subordinados planean o están perpetrando, pero tiene información de naturaleza general suficiente y pertinente para concluir que tal es el caso. El superior que simplemente pasa por alto la información que apunta claramente a la probabilidad de una conducta criminal por parte de sus subordinados comete una negligencia grave respecto de su deber de impedir o reprimir tal conducta al no desplegar esfuerzos razonables para obtener la información necesaria que le permita tomar medidas apropiadas,¹²⁰ (Subraya añadida).

65. No obstante, es importante señalar que en lo que concierne a los superiores que no sean jefes militares, la jurisprudencia internacional¹²¹ requiere para que se configure el “conocimiento imputable” o “conocimiento inferido” de los superiores civiles, que ellos hayan deliberadamente hecho caso omiso de información sobre el crimen que estaban por cometer, estaban cometiendo o había cometido sus subordinados¹²². Este criterio de alcance restrictivo está cristalizado en algunos instrumentos internacionales¹²³.

66. Tratándose de civiles hallados culpables bajo el principio de responsabilidad del superior, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que la existencia de información en el dominio público o el conocimiento público generalizado sobre los crímenes (su preparación o su comisión) constituyen una base suficiente para configurar el requisito del conocimiento inferido¹²⁴. Así lo dictaminó el Tribunal Militar Internacional de Tokio en el caso del ministro de Asuntos Exteriores de Japón, Koki Hirota¹²⁵. También la jurisprudencia ha retenido como prueba de ese conocimiento inferido, la participación en reuniones donde se informa de las operaciones en el marco del cual se van a cometer, se cometen o se cometieron los crímenes¹²⁶. Igualmente la jurisprudencia ha considerado que el conocimiento se puede inferir cuando el superior civil ha sido requerido para prevenir o hacer cesar el crimen por organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, funcionarios de organizaciones intergubernamentales o representantes de terceros países¹²⁷. Cabe señalar igualmente que la presencia del superior en el lugar de preparación o de comisión del crimen también permite inferir el requisito del conocimiento imputable.

67. Decantando la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, la Corte Penal Internacional ha considerado dentro de los elementos o indicios que permiten inferir este “conocimiento” del superior: el

¹²⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, documentos oficiales de la Asamblea General, Suplemento N.10 (A/51/10), págs. 40 y 41.

¹²¹ Ver, entre otros, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Doc. Cit., y Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Sentencia de 1º de septiembre 2004, Caso No. IT-99-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, párrs. 281 y siguientes.

¹²² Ver, por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *El Procurador c. Kayishema y Ruzindana*, Doc. Cit., párrafo 703.

¹²³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 28 (b); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 6; y Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 3.

¹²⁴ Ver, por ejemplo, el comentario del CICR al artículo 86 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra, Párrafos 3545 y 3546 (<http://www.cicr.org/dih.nsf/COM/470-750112?OpenDocument>).

¹²⁵ Sentencia del 12 de noviembre de 1948, Caso *Koki Hirota*, en *Record of Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East (1946-1949)*, vol.20, pp.49, 791 and 49, 831, reimpresso in J.R. Pritchard (ed.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Garland, New York, 1981-1988.

¹²⁶ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Caso No. ICTR-97-23-S, *The Prosecutor v. Jean Kambanda*.

¹²⁷ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, decisión de 16 de junio de 2004, relativa a la a la moción de absolución, *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Caso No. IT-02-54-T, párrs. 304- 309.

número y naturaleza de actos ilegales cometidos así como su carácter generalizado o no; el periodo en que fueron cometido los crímenes; el número de las tropas implicadas; los medios de comunicación disponibles; el *modus operandi*; y el lugar y las funciones del sospechoso dentro de la jerarquía¹²⁸. Pero asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y la Corte Penal Internacional han señalado que tal conocimiento puede establecerse si “*a priori* [el superior] pertenece a una estructura organizada dotada de un sistema de vigilancia y de redes de información”¹²⁹.

68. En suma, el artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 de 2017 al limitar el conocimiento del mando sobre los crímenes de sus fuerzas solamente al “conocimiento basado en la información a su disposición” y suprimir o prescindir del concepto de “conocimiento inferido”, desnaturaliza el principio de principio de responsabilidad penal del superior jerárquico y reduce su campo de aplicación, de forma incompatible con las normas y estándares internacionales en la materia.

VI. CONCLUSIONES

69. A la luz de las anteriores consideraciones, la Comisión Internacional de Juristas concluye que el artículo 24 del Acto Legislativo No. 1 “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”, de fecha 4 de abril de 2017, plantea graves problemas de incompatibilidad con normas y estándares internacionales y con las obligaciones internacionales – tanto convencionales como consuetudinarias- del Estado colombiano, por cuanto:

- Desconoce la aplicación de los principios de complementariedad entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario y de la doble protección del ser humano en tiempos de conflicto armado;
- No incorporó en el marco referencial para determinar la aplicación del principio de responsabilidad penal del superior jerárquico que tendrá la Jurisdicción Especial para la Paz, las normas y estándares del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional;
- No incorporó el concepto de control efectivo del superior sobre el subordinado, elemento consustancial del principio de responsabilidad penal del superior jerárquico de conformidad con las normas y estándares internacionales;
- Desanaturalizó el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico, al sustituir el elemento de control efectivo del superior sobre el subordinado por el de control efectivo sobre la conducta o actos del subordinado, en contradicción con normas y estándares internacionales en la materia ; y
- No incorporó el elemento de “conocimiento inferido”, lo cual es incompatible con las normas y estándares internacionales relativos al principio de responsabilidad penal del superior jerárquico.

¹²⁸ Corte Penal Internacional, Sala preliminar II, Decisión de 15 de junio de 2009, *El Procurador c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Caso No. ICC-01/05-01/08, párr. 431.

¹²⁹ *Ibidem* (original en inglés, traducción libre). Ver igualmente: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Sentencia de 15 de marzo 2006, Caso No. IT-01-47-T, *The Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic and Amir Kubura*, párr. 94.