

PARA BLINDAR LOS ACUERDOS, HAY QUE
BLINDAR LA CONSTITUCIÓN

Documento preliminar de trabajo¹

Consideraciones Generales

1. La victoria del NO, en el plebiscito del pasado 2 de Octubre, fue el producto de una expresión democrática a través de la cual los ciudadanos han enviado tres mensajes claros al gobierno, a las FARC y a la comunidad internacional:

- No apoya el Acuerdo Final suscrito el 26 de septiembre en la ciudad de Cartagena. Hay asuntos de orden jurídico e institucional que se deben precisar en su contenido, esclarecer en su alcance y ajustar en los términos;
- El no apoyar los acuerdos suscritos entre el gobierno y las FARC, de ninguna manera puede ser interpretado como un rechazo a la posibilidad de la paz. Ni siquiera al fin del conflicto con las FARC, sino a las condiciones bajo las cuales se acuerda el final del conflicto;
- Con su voto, los colombianos negaron el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de República, como condición para la implementación del Acuerdo, en la medida en que afectan el equilibrio de poderes o desfiguran la función de alguna de las ramas del poder público, como ocurría con el legislativo.

2. Colombia ya ha tenido experiencias de justicia transicional que debían ser aprovechadas tanto en la dimensión jurídica como en la institucional. El proceso que se desarrolló a partir de la Ley 975 de 2005, llamada de Justicia y Paz, ofrece elementos muy importantes, para consolidar aún más la administración de justicia en el país en el contexto del cierre del conflicto armado con las FARC, así como para fortalecer la institucionalidad que se desenvuelve en torno a los procesos judiciales implícitos para el desarrollo de los acuerdos. Frente a estas consideraciones:

- Es preciso recordar que la Ley de Justicia y Paz, había comenzado como un proceso de perdón y olvido a los paramilitares que, gracias a la acción de la Corte Constitucional y luego al Congreso, terminó siendo una ley legitimada por el país y avalada por la comunidad internacional de justicia;
- La aplicación de la Ley de Justicia y Paz, se hizo con jueces y fiscales colombianos, dentro de la institucionalidad y bajo los códigos establecidos por la Constitución de 1991;

^{1/} Elaborado por Pedro Medellín Torres y Augusto Ibáñez

- La soberanía judicial es una condición fundamental para sostener la soberanía del Estado. Los jueces y fiscales colombianos se sometieron, en el desarrollo de sus labores, a los controles y las reglas de juego establecidas por las leyes y la Constitución Política del 91.

3. La centralidad de las víctimas no es solamente discursiva. Hay propuestas que las organizaciones de víctimas, especialmente víctimas de las FARC, presentaron, sin que recibieran ni siquiera las gracias por su contribución. En este sentido es necesario considerar que,

- Las solicitudes y requerimientos hechos por las organizaciones de víctimas, especialmente las víctimas de las FARC, deben ser tenidas en cuenta e incorporadas en los términos de los acuerdos que se suscriban finalmente el gobierno con esa organización guerrillera;
- Los términos del punto 5 sobre víctimas, deben privilegiar especialmente la satisfacción de los requerimientos que éstas hagan sobre verdad, justicia y reparación. La justicia transicional puede facilitar esa satisfacción.

La nueva realidad impuesta por la victoria del NO

4. Los cerca de seis millones quinientos mil votantes que optaron por NO apoyar los Acuerdos suscritos por el gobierno y las FARC, han planteado una nueva realidad política e institucional. Con su voto han hecho visible la necesidad de elaborar un nuevo acuerdo que recoja las aspiraciones de todos los colombianos. No se trata de desechar las 297 páginas que fueron sometidas al escrutinio de los colombianos. Pese a que ya no tiene vida jurídica, si tiene vida política que lo convierte en la base a partir de la cual se introducen los cambios que reclaman los votantes.

5. Sin embargo, en las votaciones una proporción significativamente importante de ciudadanos optó por apoyar los acuerdos de la Habana. Esos también, cerca de seis millones y medio de habitantes, también deben ser tenidos en cuenta. Por fortuna, la Corte Constitucional en la Sentencia C-379, estableció unas reglas de juego que si bien impidieron la implementación del Acuerdo, mantuvo las facultades presidenciales intactas e imprimiéndole carácter vinculante. Esto quiere decir, que el Presidente, no sólo tiene **la obligación constitucional de buscar la paz por todos los medios**, sino también que en esa búsqueda, se constituya en el **símbolo de la Unidad Nacional**. Esto es, en palabras simples, que el Presidente está ante la obligación de hacer valer los resultados y defender con igual fuerza los preceptos que defendía el SI, pero ahora también los del NO.

6. Es evidente la tentación que puede tocar al Presidente Santos, de pasar cuenta de cobro al ex Presidente Uribe por la victoria del NO. Y entonces convertir el ajuste o corrección de los acuerdos en un punto de honor. El gobierno, diciendo que no está dispuesto a permitir que los acuerdos se modifique; y Uribe, jugado a fondo para asegurar que los cambios a los Acuerdos sean algo más allá de "correcciones de

ortografía y sintaxis”.

7. Cuando el Presidente Santos optó por refrendar los Acuerdos, se comprometió a que, cualquiera fuera el resultado, la decisión popular impactaría los resultados finales de la negociación. El sentido de la refrendación no era otro que el asegurar que los colombianos acepten y apoyen los términos en que están redactados los acuerdos, y los contenidos finales eso es lo que deberían reflejar. Por tanto, la decisión presidencial fue: **los acuerdos no son intocables.**

Algunos asuntos que preocupan

Hace poco más de una semana, en su visita a las víctimas de la masacre de la Chinita, un barrio de Apartadó donde fueron asesinadas 35 personas por las FARC, Iván Márquez reconoció que “aquella matanza en casa de Rufina nunca debió suceder”... y dijo que aquí estamos para responder, pero “la dirección de la organización nunca la ordenó”. Si los jefes no dieron la orden, ¿quien lo hizo? ¿Los guerrilleros se salieron de control? Y en esas condiciones, ¿quién es el responsable de la masacre?

Es uno de los tantos vacíos que tiene el punto 5 del Acuerdo que establece “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, que incluye la Jurisdicción Especial para la Paz y los compromisos en derechos humanos. Según el acuerdo, el único acápite que hace referencia a la noción de “responsabilidad de mando” está establecido para los agentes del Estado (p. 136.44) y para las FARC-EP (p. 146. 59) en los siguientes términos:

“En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”.

Es uno de los puntos en los que ha insistido Human Rights Watch (HRW): “El nuevo acuerdo de paz debería incluir una definición de ‘responsabilidad de mando’ que sea plenamente consistente con la definición establecida en el derecho internacional”, afirmó Vivanco en carta dirigida al Presidente Santos. Según esta organización, contiene dos frases ambiguas que podrían dar margen para interpretaciones que permitan que altos mandos militares de la Fuerza Pública colombiana y las FARC eludan cualquier tipo de rendición de cuentas por atrocidades cometidas bajo su control.

“En primer lugar, el acuerdo prevé que la responsabilidad de mando exige “el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta”... “En segundo lugar, el acuerdo sostiene que la responsabilidad del superior exige además ‘control efectivo de la respectiva conducta’”.

Sin lugar a dudas, la modificación del estándar normativo de “responsabilidad de

mando" contenidas en el Acuerdo, eleva las condiciones necesarias para que un miembro de las FARC o de la Fuerza Pública sea considerado como un máximo responsable y en ese sentido seleccionado para ser juzgado ante el Tribunal para la paz. En la práctica, esos cambios se convertirían en una válvula de escape para evitar la responsabilidad, por ejemplo, de los miembros del Secretariado por conductas cometidas por sus subordinados o por los militares en los casos de falsos positivos².

Es evidente el vacío en este punto específico del acuerdo. Y todavía más que está por fuera de los estándares de la justicia penal internacional. Para efectos de la discusión que vive el país, es tan sólo un ejemplo de una de los asuntos que se debe ajustar en los Acuerdos de la Habana. Y como esta preocupación, hay otras con respecto a la adscripción institucional de la *jurisdicción especial de paz* y los *tribunales y comisiones* que de ella se desprenden; o con respecto a la necesidad de precisar el concepto de "restricción de libertades y derechos", necesarias para el cumplimiento de las sanciones restaurativas y reparadoras (establecidas como "alternativa" a las punitivas de la cárcel o reclusión); o con las condiciones que deben regir la *elegibilidad política* de los ex miembros de las FARC que aspiren llegar a las corporaciones públicas. Todos son temas que requieren de ajustes, clarificaciones o nuevas elaboraciones.

¿Cual es la salida institucional?

a. De lo que constituye acuerdo especial, y las tareas que implica

Cualquier consideración sobre las alternativas de ajuste a los acuerdos de la Habana debe comenzar por considerar cuales son los objetos que, por su naturaleza de *acuerdo especial*, no pueden ser modificables, ni tampoco necesitaban de refrendación. Es decir, salen del espectro del plebiscito.

En el Acuerdo Final de la Habana, firmado entre las partes, se establecieron cuatro puntos que por su naturaleza e implicaciones, constituyen un **acuerdo especial** de los que trata el Tercero Común de los Convenios de Ginebra³. Es decir, lo acordado en materia de:

- i. El Cese al Fuego Bilateral y definitivo⁴, que ahora y, muy discutible se le pone termino -31 de octubre-;
- ii. La devolución de los menores que aún se encuentran en sus filas;
- iii. El desminado; y,
- iv. Los lugares de recepción de la guerrilla en procura de su desarme.

²/ En documento anexo se explicarán las razones por las cuales los dos elementos incorporados al concepto de responsabilidad por el mano en los acuerdos, son más laxos que los exigidos a nivel internacional. Para ese fin, en primer lugar, (i) se presentarán algunas consideraciones generales sobre el concepto, para posteriormente centrar la discusión en los estándares de (ii) control efectivo de la respectiva conducta, y (iii) conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta.

³ <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>

⁴ definitivo, va. Del lat. definitivus. 1. adj. Que decide, resuelve o concluye. 2. f. Der. sentencia definitiva. (...)
<http://dle.rae.es/?id=C31C5s1> R. A. E. derechos reservados.

Tal naturaleza de Acuerdo Especial está constituida por el hecho de que la legislación internacional establece que,

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: (...), *las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante **acuerdos especiales**, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio*’ (resaltos y negrillas fuera de texto); Acuerdos Especiales, entre las partes que, poseen vigencia inmediata en aplicación del art. 93 de la Constitución Política: ‘Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...)’ (resalto fuera de texto).

Es evidente que a la luz de la legislación especial, todo el cuerpo del que se suscribió como Acuerdo Final **no constituye un Acuerdo Especial** que entraría en vigencia por vía del art. 93 de la Constitución Política, pues no todo posee la connotación, condición, convencional de encontrarse en conflicto; y poner en vigencia las cláusulas convencionales, en protección de la población civil, que como ya se dijo es una de las características de interés a los Acuerdos Especiales consiste en la condicionante de conflicto no internacional o internacional, para salir de él, no para ejecutarse después de su existencia.

¿Cuál es la tarea inmediata que sigue a la vigencia de estos acuerdos especiales? Para comenzar hay que decir que el medio jurídico plausible sería por medio de la reglamentación que debe hacer el Presidente de la República a una norma constitucional. El Protocolo II de los Convenios de Ginebra, determina como parte de las diligencias penales⁵⁵, que

‘5. (...) a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado’; obvio, para los crímenes reputados de guerra; no así, para los de Lesa humanidad; con lo cual, comienza y, de qué manera, el cumplimiento ordinario del Acuerdo Final de la Habana; igual, puede suceder con la devolución de los menores en sus filas, el desminado; y, (d) las zonas o lugares de recepción de la guerrilla en procura de su desarme.

b. Las tareas mediatas y los ajustes al acuerdo

Es evidente que, al ser derrotado el plebiscito por la votación mayoritaria de los colombianos, el Presidente debe emprender la tarea de ajustar los términos de los acuerdos que los colombianos no han aprobado. Y aquí más allá de los contenidos específicos que es necesario ajustar, como el que se propone aquí en términos de la llamada **responsabilidad de mando**, es necesario que se considere cuales son los

⁵⁵ Art. 6°. <https://www.icrc.org/spa/ressources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#4>

mecanismos apropiados de que dispone el Presidente, para que efectivamente cumpla con el compromiso de ajustar los acuerdos, de manera que se refleje el sentimiento expresado por los colombianos en las urnas del pasado 2 de Octubre.

Ante esta situación hay dos líneas de salida. La primera, de carácter ordinario, y consiste en establecer los asuntos que son objeto de ajuste, aclaración o cambio y proceder ante las instancias del Congreso de la República para que, a la manera del proceso surtido por la Ley de Justicia y Paz, sea el Senado y la Cámara de Representantes quienes, en desarrollo de sus facultades legales y constitucionales sea quien defina los contenidos finales que queden de los acuerdos. Y por esa vía se propicie un nuevo acuerdo que, ajustado, se proceda a implementar.

Se trata de entender que, ante las dificultades observadas, es posible crear una especial forma de justicia, al estilo de 'Justicia y Paz', con formas específicas; siguiendo los precedentes jurisprudenciales y, optando por una calificación y estándar como el de la Corte Penal Internacional, que de suyo fuera alcanzada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia. Sin duda, estas responden a las formas internacionales: víctima, derechos, especial reforzamiento del derecho de defensa y, por supuesto, con la inversión de la carga de la prueba en cuanto a la presunción de inocencia, para entrar en la posibilidad de transición: pena por verdad-reparación. La ecuación así obtenida, pasaría por el control de la suprema corte, con funciones de juez constitucional y, ejecutor de la decisión final. La transición así observada, ya se inició: (i) la aplicación de la ley de justicia y paz; (ii) los procesos de la denominada paraparlítica; y (iii) la comisión de la verdad⁶.

Si las formulas anteriores resultaran improcedentes, por razones políticas o de inviabilidad en el ajuste, la alternativa que aparece es la de una **Asamblea Constituyente**, en la que se formalicen y resuelvan las diferencias que por la vía del diálogo y la argumentación no se pueden cambiar. Esta salida requeriría de un acuerdo político previo de las distintas fuerzas políticas, para definir las reglas de juego y los alcances que tendrá y, por supuesto, la participación de las FARC en la Asamblea.

Y, mientras el dialogo político se desarrolla, nada impide que, dentro de las competencias ordinarias de los poderes públicos, se puedan realizar los cambios,

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Rad.: 32022. Auto de veintiuno de septiembre de dos mil nueve. 'Para el caso colombiano, dada la dimensión de los crímenes cometidos por los paramilitares desmovilizados y las dificultades que han surgido hasta el momento para la culminación de los pocos juicios que han logrado alcanzar etapas avanzadas del proceso - agregamos Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. caso Wilson Salazar Carrascal, alias "El Loro", Auto del 31 de julio de 2009, Rad.: 31.539-, sería conveniente la creación de una comisión de la verdad que ajustada a las necesidades particulares de nuestra realidad, operara paralelamente con los procesos judiciales, cumpliendo roles complementarios en el esclarecimiento de la verdad que busca la sociedad. Ello, cabe anotar, no solo permitiría la posibilidad de que una mejor decantada verdad supla las necesidades de las víctimas, sino que soslayaría la que desde ahora se advierte dificultad probatoria de los procesos judiciales, cuando se enfrentan de manera irreconciliable los postulados de los afectados con el delito y los hechos conocidos o narrados por el desmovilizado... Sirve, como ejemplo del modelo que podría institucionalizarse, pero con mayor amplitud de miras y complementación con el proceso judicial, el trabajo valiosísimo que viene adelantando el grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, reflejado en los informes publicados acerca de las masacres de Trujillo (Valle) y El Salado (municipio de El Carmen de Bolívar). (...)'

modificaciones y, reformas que permitan la puesta en escena, ejecución y vigencia de las demás partes del Acuerdo; más demorado? Sí, pero más seguro, en especial en el tema de la Justicia, el conflicto va a pasar por la justicia y, allí, sin duda, se ha de respetar la institucionalidad.

Los acuerdos y desacuerdos, por el sí o por el no del plebiscito, se han de superar por medio de los acuerdos dentro del desacuerdo: el país lo merece y, la paz se realiza.

ANEXO

i. El concepto de responsabilidad de mando en el derecho internacional

Para Linnea Kortfält⁷, profesora de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Estocolmo, la responsabilidad del mando tiene sus orígenes en el principio -propio del derecho militar- de que toda fuerza militar debe ser comandada por personas que sean responsables de sus subordinados, como es recogido en el numeral 1º del artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de la Haya del 29 de julio de 1899 (Haya II)⁸.

La responsabilidad de mando sido reconocida por el Comité Internacional de la Cruz Roja como una norma perteneciente a la costumbre internacional del derecho de los conflictos armados (DIH), según la cual: “Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos 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”⁹. Norma consuetudinaria, que encuentra sustento en lo establecido en los artículos 86 y 87 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y en la jurisprudencia internacional derivada de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial¹⁰, y del

⁷ Ver KORTFÄLT, Linnea. Article 28 Statute of Rome – General Remarks: Responsibility of commanders and other superiors. En: KLAMBERG, Mark (Ed.). The Commentary on the Law of the International Criminal Court – CLICC. Disponible en: <https://www.casematrixnetwork.org/es/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/>

⁸ En el mencionado artículo se establece que: “Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejército sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: || 1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos”.

⁹ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK. El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario. Comité Internacional de la Cruz Roja. Volumen 1. Buenos Aires. 2007. Norma 153, pp. 632 y ss.

¹⁰ Estados Unidos, Tribunal Militar de Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case (ibíd., párr. 657) y List (Hostages Trial) case (ibíd., párr. 658); Estados Unidos, Corte Suprema, Yamashita case (ibíd., párr. 659); Reino Unido, Tribunal Militar de Wuppertal, Rauer case (ibíd., párr. 656); Tribunal Militar Internacional de Tokyo, Case of the Major War Criminals (ibíd., párrs. 693 a 700) y Toyoda case (ibíd., párr. 701). Referenciados en HENCKAERTS et al. Supra Note 3, p. 632, Nota 42.

Tribunal Penal para la ex Yugoslavia¹¹.

Al igual que en los conflictos armados internacionales, la aplicación de la responsabilidad de mando ha sido extendida a los conflictos armados no internacionales, como es el caso colombiano. Lo anterior se demuestra en los Estatutos de los principales tribunales penales internacionales *ad hoc* como es el caso del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el de Ruanda, el de Sierra Leona, el de Timor Oriental, y por supuesto, la Corte Penal Internacional de naturaleza no *ad hoc* sino permanente, los cuales le dan el siguiente tratamiento al tema:

- Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. Artículo 7, numeral 3º:

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

- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Artículo 6, numeral 3º:

“El 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”.

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 28:

“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

¹¹ TPIY, Martić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 705), Karadžić and Mladić case, examen del auto de procesamiento (ibíd., párr. 706), Delalić case, fallo (ibíd., párr. 707), Aleksovski case, fallo (ibíd., párr. 708), Blaskić case, fallo (ibíd., párr. 709), Kunarac case, fallo (ibíd., párr. 711), Kordić and Cerkez case, fallo (ibíd., párr. 712), Krstić case, fallo (ibíd., párr. 713) y Kvočka case, fallo (ibíd., párr. 714). Referenciados en HENCKAERTS et al. *Supra* Note 3, p. 632, Nota 44.

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

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

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

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

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

En desarrollo de lo dispuesto en sus Estatutos, en el *Caso de Jean Paul Akayesu* mediante sentencia del 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, estableció que la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados era aplicable a los conflictos internos. En el marco de dicha decisión, la sala de juzgamiento del Tribunal analizó la particularidad de la responsabilidad de mando, concluyendo que ella difiere de otros tipos de responsabilidad en que “(...) no se requiere que el superior haya actuado con conocimiento de que se hacía a sí mismo penalmente responsable, sino que bastaba con que tuviese razones suficientes para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer o ya habían cometido un crimen y fallara en adoptar las medidas necesarias o razonables para prevenir dicho acto o para castigar a sus perpetradores”.¹²

De igual forma, en el *Caso Hadzihasanovic y otros*, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, determinó que la responsabilidad de mando no podía extenderse a los crímenes cometidos por subordinados antes de que el acusado asumiese el mando sobre él. Si bien la conclusión del Tribunal es que en el caso estudiado no aplicaba la responsabilidad del superior, para llegar a esa respuesta tuvo

¹² Tribunal Internacional Penal para Ruanda. Fiscal v. Jean Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. párr. 479. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: “Therefore, as can be seen, the forms of participation referred to in Article 6 (1), cannot render their perpetrator criminally liable where he did not act knowingly, and even where he should have had such knowledge. This greatly differs from Article 6 (3) analyzed here below, which does not necessarily require that the superior acted knowingly to render him criminally liable; it suffices that he had reason to know that his subordinates were about to commit or had committed a crime and failed to take the necessary or reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof. In a way, this is liability by omission or abstention”. Adicionalmente sobre el tema de responsabilidad por el mando, ver párrafos 486 a 490.

que analizar el contenido de la costumbre internacional en la materia, reconociendo su aplicación a los conflictos armados no internacionales.¹³

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la responsabilidad por el mando, es un concepto propio del derecho internacional que tiene unos estándares ampliamente construidos en materia penal. Lo anterior, se colige del Derecho Consuetudinario Internacional, del derecho convencional recogido en el Convenio de la Haya de 1899, en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional *ad hoc* y en la Corte Penal Internacional, y la jurisprudencia de tribunales penales internacionales.

Por esa razón, incluir nuevos elementos normativos a ese concepto, que contradigan lo dispuesto en el derecho internacional, que, como se evidenció, ha venido siendo aplicado en situaciones análogas a las afrontadas en el marco del conflicto armado en nuestro país, generaría tres consecuencias negativas para el proceso de paz: (i) una falta de legitimidad de las nuevas disposiciones que se quedarían sin más sustento que la voluntad de las partes en conflicto; (ii) el surgimiento de una contradicción a normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad como lo es el Estatuto de Roma; y (iii) la posible activación de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre aquellos dejados de seleccionar como máximos responsables de crímenes internacionales como consecuencia de la aplicación del nuevo concepto de responsabilidad por el mando.

ii. El criterio adoptado por los Acuerdos de control efectivo sobre la conducta criminal.

En el cambio incluido en el Acuerdo Final al concepto de responsabilidad de mando, el Gobierno Nacional y las FARC pretenden que el *control efectivo* que ejerce el superior, no sea sobre el subordinado, sino sobre la conducta específica que derivó en una violación a los derechos humanos o al DIH. Esa concepción, propia del criterio de control efectivo desarrollado por la Corte Internacional de Justicia para establecer la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos cometidos por particulares, no tiene aplicación en el ámbito de la responsabilidad penal. La principal de las razones, no son comparables los estándares de juzgamiento de Estados por violaciones a sus obligaciones internacionales que aquellos propios del juzgamiento de individuos (personas naturales) por la comisión de actos criminales.

El concepto de control efectivo propio de la responsabilidad de mando en materia penal internacional, obedece a la relación superior – subordinado. Así lo recoge expresamente el Estatuto de Roma en su artículo 28: "(...) cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo (...) en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas", dejando claro y sin lugar a controversia hermenéutica, que se trata de un control sobre las fuerzas y no sobre las acciones

¹³ Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. Fiscal v. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic y Amir Kubura. Caso No. IT-01-47-AR72. Decisión del Auto Interlocutorio de competencia de la Cámara de Apelaciones. 16 de julio de 2003. párrs. 37 a 56.

específicas cometidas por estas.

Corroborando lo anterior, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia en el Caso Mucic y otros, conocido como *Caso Celebici*, analizó la propuesta presentada por la Fiscalía, que, en el aspecto relevante para el presente estudio afirmó: "(...) la responsabilidad del mando implica una relación superior – subordinado en la que el superior efectivamente controle al subordinado, en el sentido que el superior posee la capacidad material para prevenir o castigar los delitos".¹⁴

El Tribunal por su parte consideró que: "(...) la Cámara de juzgamiento aplicó el test correcto –si Delic [uno de los acusados] ejerció el control efectivo al tener la capacidad material para prevenir o castigar los crímenes cometidos por sus subordinados- (...)".¹⁵ En conclusión, la Corte fue clara al considerar que el control efectivo: (i) es del superior al subordinado, no a la conducta cometida; y (ii) es efectivo si el superior tiene la capacidad para prevenir o castigar la conducta criminal de su subordinado.

En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en el marco del *Caso Bemba*, reiteró en una decisión del 2009, que el control efectivo es una manifestación de la relación superior – subordinado entre el sospechoso y las fuerzas o los subordinados en una relación jerárquica *de iure* o *de facto*.¹⁶

En conclusión, el elemento de control efectivo en la responsabilidad del mando, corresponde en el derecho internacional a una relación del subordinado con el superior, y no a la relación de este con el crimen cometido, como pretende la variación del estándar que pretende incorporar el Acuerdo.

iii. **El Conocimiento basado en la información a disposición del superior antes, durante y después de la realización de la conducta**

Distinto a lo pretendido en el Acuerdo, el concepto de responsabilidad del mando de las actividades realizadas por sus subordinados, no se compone de un estándar de acceso a la información, sino a uno de actuación diligente que se materializa en el artículo 28 del Estatuto de Roma y que implican que el superior será responsable de los actos cometidos por sus subordinados si él no hubiese ejercido un control apropiado, el cual se delimita por dos requisitos dependientes uno del otro:

¹⁴ Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. Fiscal v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (Aka "Pavo"), Hazim Delic y Esad Landžo (Aka "Zenga"). Caso Celebici. Caso No. IT-96-21-A. Sentencia de la Cámara de Apelaciones. 20 de febrero de 2001. párr. 295. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: "(...) command responsibility entails a superior-subordinate relationship in which the superior effectively controls the subordinate, in the sense that the superior possesses the material ability to prevent or punish the offences (...)")

¹⁵ Ibid. párr. 305. Traducción no oficial del texto originalmente en inglés: "(...) the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber essentially applied the correct test – whether Delic exercised effective control in having the material ability to prevent or punish crimes committed by subordinates – (...)".

¹⁶ Corte Penal Internacional. Cámara de Pre-juzgamiento. Decisión respecto al Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma con relación a los cargos presentados por la Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo. Caso No. ICC-01/05-01/08. 15 de junio de 2009. párr. 411 y ss.

- i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*
- ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

En ese orden de ideas, el superior será responsable en los casos en que, habiendo tenido conocimiento de los actos vulneratorios de derechos de sus subordinados o habiendo tenido el deber de hacerlo, no actuó diligentemente adoptando todas las medidas necesarias para prevenir o reprimir la conducta criminal.

Por lo anterior, el estándar de responsabilidad del mando en el Acuerdo final entre el Gobierno y las FARC, deberá contemplar esas condiciones –las expresamente indicadas en el artículo 28 del Estatuto de Roma- y no otras que, como se mencionó en la introducción a este escrito, puedan servir de puerta de escape para que un máximo responsable de los peores vejámenes se quede en la impunidad.