

Universidad EAFIT

**Escuela de Derecho
Maestría en Derecho Penal**

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES MILITARES EN
COLOMBIA**

Tesis de Maestría

Elaborada por:

DIANA MARÍA SUÁREZ ZAPATA

Asesor:

Alfonso Cadavid Quintero

Medellín

2022

CONTENIDO

1. Introducción.....	2
2. Justicia Transicional y Justicia Restaurativa.....	4
Jurisdicción Especial para la Paz.....	6
3. Criterios de autoría y participación.....	8
3.1. Concepto de autor.....	8
3.1.1. Concepto unitario.....	8
3.1.2. Concepto extensivo y restrictivo de autor.....	8
3.2. Distinción entre autoría y participación.....	9
3.2.1. Teorías subjetivas.....	9
3.2.2. Teoría del acuerdo previo.....	10
3.2.3. Teoría objetivo formal y objetivo material.....	10
3.2.4. Teoría del dominio del hecho y de la voluntad.....	11
3.3. Delitos de infracción de deber.....	12
4. La responsabilidad penal de los superiores por los actos cometidos por sus subordinados.....	14
4.1. La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad.....	15
4.2. Responsabilidad penal por omisión.....	19
4.2.1. Las omisiones propias.....	20
4.2.2. Las omisiones impropias.....	20
4.2.3. Posición de garante.....	21
4.2.4. La discusión sobre la participación en la omisión impropia.....	27
4.3. Responsabilidad del superior por el mando.....	29
4.3.1. Antecedentes.....	29
4.3.1.1. Caso Yamasihita.....	30
4.3.1.2. Jurisprudencia de los juicios posteriores de Nuremberg.....	32
4.3.1.3. Tribunales penales internacionales ad hoc.....	33
4.3.2. Normativización de la responsabilidad del superior por mando.....	35
4.3.3. Elementos de la responsabilidad del superior por el mando en el Estatuto de Roma.....	37
4.3.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por mando.....	46
5. La responsabilidad penal del superior en la jurisprudencia colombiana.....	49
6. La responsabilidad por mando en la Justicia Especial para la paz.....	62
7. Conclusiones.....	71
8. Bibliografía.....	78

1. Introducción

Los crímenes de guerra o de lesa humanidad, se caracterizan por ser comportamientos llevados a cabo por estructuras organizadas, ya sean cuerpos militares estatales o grupos ilegales, que se comportan como empresas criminales caracterizadas por su permanencia en el tiempo, división de trabajo, jerarquización y existencia de poderes superiores con posición de dominio que orientan y coordinan el proceder de la cofradía. Dichas agrupaciones, cobran una especial relevancia cuando están compuestas por agentes estatales que promueven desde la institucionalidad la criminalidad, pues lleva a que se resquebrajen los valores y fines del Estado, garantiza la materialización de los delitos, sistematiza y legitima la criminalidad, invisibiliza las acciones y genera impunidad.

La atribución de responsabilidad penal en estos contextos de macrocriminalidad¹, resulta compleja por la presencia de aparatos organizados de poder, la cantidad de sujetos que participan en el hecho punible y la falta de intervención material en los delitos de quienes ocupan puestos en las cúpulas de las organizaciones, quienes desde su posición de jefatura ordenan, promueven o encubren la realización de crímenes sin participar materialmente en su ejecución.

Colombia no ha estado exenta de esta forma de criminalidad, y en ella ha cobrado una especial importancia el rol que ha desempeñado la Fuerza Pública en el conflicto armado; sin embargo, no ha sido fácil desde la construcción dogmática y aplicación jurídica, responsabilizar penalmente a esos integrantes de las cúpulas de las organizaciones por los crímenes cometidos por las personas bajo su mando y control y muestra de ello, son las pocas investigaciones judiciales que se han llevado a cabo y decisiones de fondo que abordan esta problemática.

En los informes de rendición de cuentas presentados por la Fiscalía General de la Nación (2018) ante la Justicia Especial para la Paz (entre los años 2018 y 2019) que pretenden brindar información sobre las investigaciones en curso y que llegaron a juicio en relación con el conflicto armado y sus actores, específicamente, en el informe de “Inventario de casos relacionados con el conflicto armado”, se dio cuenta de los hallazgos efectuados en los sistemas SIJUF y SPOA, constatándose

¹ “[Los] comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional; esta se diferencia, por lo tanto, cualitativamente de las conocidas formas normales de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en esta desempeña el Estado [...] la intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de político [...] aquí se trata siempre de criminalidad estatal interna, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. (Ambos 2005: 45)”. (Alpaca Pérez, s.f.)

que existen 223.282 casos identificados que corresponden a 280.471 indiciados y 196.768 víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. De estos, 52.220 procesos eran atribuibles a las FARC-EP; **13.934 a agentes del Estado**; 55.768 a las autodefensas; 10.164 casos al ELN; 3.324 a otras guerrillas y 87.872 a grupos no identificados.

Pese a esto, son escasos los procesos en los que se investiga penalmente a integrantes de la fuerza pública y culminan con sentencia, constatando, según la información aportada por la Fiscalía General de la Nación (2018), que por ejemplo en el caso de delitos cometidos en contra de los miembros de la organización política Unión Patriótica, pese a existir 863 investigaciones, solo se lograron 28 condenas que vinculan a miembros del Ejército y de la Policía Nacional en los hechos, y en cuanto a la retención y ocultamiento ilegal de personas, aunque existen 294 procesos, solo se han logrado 168 condenas de estos mismos miembros de la Fuerza Pública.

En cuanto a la victimización a líderes sociales y defensores de derechos humanos por parte de agentes del Estado, entre 1985 y 2016, la Fiscalía General de la Nación (2018) abrió ciento ochenta y cuatro (184) investigaciones por este delito, no obstante, solo se tiene sentencia en 63 de estas. Y en casos de movilización forzada por parte de agentes del estado, entre 1981 y 2016, se abrieron 229 investigaciones, con 4.982 víctimas y 318 personas investigadas, de las que 68 eran agentes del Estado.

Frente a muertes ilegítimas llevadas a cabo por el Estado, en el informe de “Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combates por agentes del Estado” de la Fiscalía General de la Nación (2018), se registró un total de 2.248 víctimas entre 1988 y 2014², 5.626 personas procesadas, de los cuales 3.826 (68%) eran soldados en el momento en que ocurrieron los hechos. Asimismo, se vincularon por estos hechos a 992 (17,6%) suboficiales, 514 (9,1%) oficiales y 133 (2,4%) civiles.

En este contexto de criminalidad, surgió en Colombia la Jurisdicción Especial para la Paz como uno de los mecanismos previstos para ponerle fin al conflicto armado, dotada de instrumentos que pretenden esclarecer la responsabilidad penal de todos los actores del conflicto y para nuestro interés, de aquellos superiores de la fuerza pública que ocupan una posición de comandancia. Para

² En auto 033 del 12 de febrero de 2021, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, indicó que, durante los años 2002 y 2008 aproximadamente 6.402 personas fueron muertas ilegítimamente para ser presentadas como bajas en combate en todo el territorio nacional.

esto, se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la figura de la Responsabilidad del Superior por Mando, mediante la cual se pretende responsabilizar penalmente a los superiores por su omisión en el control de sus tropas.

Por la pertinencia de la cuestión en la actualidad dados los procesos sociales y políticos que vive el país, se procederá a estudiar en este trabajo, en primer lugar, los conceptos de Justicia Transicional y Justicia Restaurativa, y lo respectivo a la Jurisdicción Especial para la Paz. Luego de ello, se analizarán las diferentes teorías que han abordado el problema de la responsabilidad penal de los superiores militares, partiendo de las teorías que han definido el concepto de autor, para ver qué tan útiles son para explicar fenómenos como el que se analiza en este trabajo; y posteriormente se abordarán las tesis expuestas en concreto sobre este asunto: la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, la posición de garante y la doctrina de la responsabilidad por mando. Más adelante se hará un rastreo de diversas decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad penal de los superiores, y finalmente se analizará lo relacionado con la teoría de la responsabilidad por mando y su aplicación en la Jurisdicción Especial para la Paz.

2. Justicia transicional y justicia restaurativa

El acuerdo político celebrado tras las negociaciones entre los años 2012 y 2016 por parte del gobierno del expresidente Juan Manuel Santos y el grupo guerrillero FARC-EP trajo como resultado la implementación de un sistema de justicia transicional como alternativa para poner fin al conflicto armado colombiano. Si bien no existe un concepto unívoco para esta forma de justicia, se ha entendido que la misma “se plantea el problema de cómo las sociedades que salen de períodos de guerra civil o de dictaduras tratan con los legados de violencia y violación de los derechos humanos”, (Cortés Rodas, 2013), por lo que aborda en sí misma, la tensionante relación entre justicia y paz.

La Corte Constitucional en sentencia C-771 de 2011, definió la justicia transicional como:

“...una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto,

hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes”.

Es una forma de implementar la justicia en períodos de transición de un estado de guerra hacia la paz, en donde los procesos y mecanismos a implementar buscan un equilibrio entre la justicia para las víctimas y la necesidad política de paz. La justicia transicional “busca dotar a las transiciones de justicia, es decir, enmarcar la política de las transiciones en ciertos estándares jurídicos –en particular aquéllos que se refieren a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Uprimny, 2007). Dichos estándares jurídicos, funcionan como límites normativos a las negociaciones políticas en un proceso de paz, rompiéndose esa tensión existente entre los valores de paz y justicia y forjándose una visión complementaria de ambos conceptos, en donde el imperativo de respeto por los derechos de las víctimas, no funciona como un obstáculo para alcanzar la paz, sino como una restricción necesaria que permite encauzar las negociaciones (Uprimny, 2007).

En los procesos de transición política y social, una de las herramientas principales de la justicia transicional es la justicia restaurativa. Esta surge como una alternativa para transformar y aliviar heridas de injusticia y daño social generados como consecuencia de largos períodos de conflicto armado y violación de derechos humanos; es un camino diferente para realizar algunos de los fines de la justicia, como el de proveer algunas medidas de justicia para las víctimas al permitirles expresar sus historias, reconocer su sufrimiento, descubrir la verdad de lo que pasó y establecer por el Estado alguna medida de responsabilidad a aquellos comprometidos con las violaciones a los derechos humanos (Cortés Rodas, 2013).

En el modelo de justicia restaurativa no se impone una pena como retribución por el daño causado. Es un proceso consensual donde se involucra a todos los que participaron en una situación de conflicto buscando reafirmar los derechos de las víctimas atendiendo a sus necesidades, para lo cual se hace parte a los victimarios, buscando así un trabajo conjunto de resarcimiento. En este proceso, si se **ofrece verdad**, reparación a las víctimas y se garantiza no repetición, no se sanciona necesariamente con medidas punitivas, pues su finalidad no se agota en un mero castigo, si no en un proceso de reconstrucción de verdad y compensación.

“...no se mira a la imposición de un castigo que compense el hecho delictivo del pasado con una pena a cumplir hacia el futuro, sino que se trata de mejorar desde el presente la situación remanente del conflicto, de las violencias, de los “delitos”, para, sin renunciar a las enseñanzas del pasado, construir un futuro diferente” (Restrepo, 2015).

Partiendo de estos conceptos de justicia se creó la Jurisdicción Especial para la Paz con la finalidad de alcanzar una paz estable y duradera que pusiera fin al conflicto armado colombiano.

Jurisdicción Especial Para La Paz (JEP)

Según el Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP es un mecanismo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, que pretende instaurar un modelo de justicia transicional como medio de resolución del conflicto armado colombiano que busca reconocer los derechos de las víctimas, determinar responsabilidad de todos aquellos que participaron en el conflicto, ofrecer verdad sobre lo ocurrido, contribuir a la reparación y garantizar la no repetición, a través de un sistema de justicia restaurativa.

Fue prevista por el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, que surgió como producto de los diálogos de paz adelantados entre el grupo guerrillero FARC-EP y el Gobierno Nacional, por el presidente de ese momento, Juan Manuel Santos. En este acuerdo se recopilaban las correcciones realizadas al acuerdo inicial suscrito el día 26 de septiembre del año 2016, que fue rechazado por un 50.2% de votantes en el plebiscito llevado a cabo el 02 de octubre de 2016.

La JEP tiene competencia para conocer de delitos relacionados con violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que sean cometidos con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, ejecutados por excombatientes de la guerrilla FARC-EP, terceros civiles y agentes del Estado; estos últimos, según el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, hacen relación a miembros de una corporación pública, empleados o trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios e integrantes de la Fuerza Pública, quienes reciben un tratamiento penal diferenciado, simétrico, equitativo, equilibrado y simultáneo.

En cuanto al tratamiento diferenciado, se pretende separar la actuación desplegada, por un lado, por los integrantes del grupo guerrillero FARC-EPC, y del otro, por los agentes del Estado, en

especial de los miembros de la Fuerza Pública, partiendo de la presunción de que el Acuerdo reconoce que el Estado tiene como fin esencial proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos, por lo que sus agentes, tienen el ejercicio legítimo de la fuerza y sus acciones se presumen legales. Un ejemplo de lo anterior es el planteamiento de una serie de beneficios y una distinción en sus sanciones, no recibiendo los agentes del Estado castigos más gravosos, y teniendo la posibilidad de que el cumplimiento de sus penas se haga efectivo en establecimientos dispuestos legalmente para ellos (Gobierno de Colombia, 2015).

Procedimientos y sanciones

El procedimiento de impartición de justicia en la JEP, es ostensiblemente diferente al de la jurisdicción ordinaria, teniendo una especial relevancia la atenuación de penas a imponer en aquella, lo que se debe principalmente al reconocimiento que se le da al aporte de verdad por parte de los enjuiciados, pues se reconoce que a través de esta se garantiza la no repetición y se construye una memoria histórica sobre el conflicto. De esta forma, el Estado garantiza tanto a las víctimas como a la misma sociedad que se conozca qué fue lo que realmente sucedió, a partir de lo cual se comienza a construir el camino hacia la paz, para la cual, el acto público de reconocimiento de lo que se hizo es esencial para la reparación de la sociedad.

En este sentido, el procedimiento adelantado en la JEP es de dos clases: cuando hay reconocimiento de verdad y responsabilidad y cuando no lo hay.

Por su parte, las sanciones y castigos a imponer son de tres clases:

1. Entre 5 a 8 años de restricción efectiva de la libertad para la realización de labores restauradores y reparadoras, para quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento.
2. Entre 5 y 8 años de cárcel, para quienes reconocen verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de la sentencia.
3. Entre 15 y 20 años de cárcel, para aquellos sujetos que no aceptaron responsabilidad y son vencidos en juicio. (Gobierno de Colombia, 2015).

La imputación de responsabilidad por hechos no susceptibles de amnistía exige prestar una atención especial a los criterios de atribución de responsabilidad a título de autoría y de participación. Ese es el objetivo de este trabajo, que además, se centrará en los criterios de atribución de responsabilidad a los integrantes de la Fuerza pública.

3. Criterios de autoría y participación

A partir del objetivo acabado de señalar, se analizarán los distintos criterios que ha tenido en cuenta la doctrina para la consideración de un sujeto como autor y coautor de un hecho punible, con el fin de precisar su pertinencia en el marco de hechos como los sucedidos en el conflicto armado colombiano.

3.1. Concepto de autor

3.1.1. Concepto unitario

El concepto unitario de autor renuncia a la distinción entre autores y partícipes, de modo que todo el que interviene en un delito es considerado autor del mismo, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues toda contribución al acto ilícito ayuda a la producción del resultado dañino. Para la mayoría de los defensores de esta teoría, no es que todos los que intervengan en el hecho punible sean autores porque entre ellos no se pueda distinguir las diferentes formas de participación en el delito, sino porque esa diferenciación no es conveniente hacerla en el tipo, sino al momento de determinación de la pena (Díaz y García Conlledo, 1991). Esta teoría, al renunciar a la accesoriadad, es menos precisa al determinar las fronteras de lo típico y puede llevar a una excesiva punición de comportamientos, por lo que no termina siendo satisfactoria y contradice principios del Derecho Penal en un Estado de Derecho (Díaz y García Conlledo, 2008).

Contrario a esto, el concepto diferenciado de autor **si** distingue entre los roles de quienes intervienen en el hecho punible, atendiendo a la relevancia del comportamiento ejecutado.

3.1.2. Concepto extensivo y restrictivo de autor

El concepto extensivo de autor no abandona la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que no diferencia entre autor y partícipe, pues todo interviniente en un delito es considerado autor del mismo. En esta, los criterios para determinar la participación varían por la valoración jurídica

que se le da al comportamiento injusto, diferenciándose entre teorías objetivas, según las cuales, para castigar a las personas que participan en la comisión del hecho, la ley debe consagrar la figura del partícipe en un delito, y subjetivas, en las que se deja la consideración del interviniente a la valoración que se hace de su aporte.

“Para el concepto extensivo-objetivo todo el que interpone una causa para el resultado o contribuya a la lesión de los bienes jurídicos penalmente tutelados es autor siempre y cuando su conducta no se subsuma en una de las formas de participación legalmente diseñadas, dado que tiene como autoría las conductas que no puedan ser reconocidas a los preceptos de la participación, sin dar lugar a la impunidad de ninguno de los comportamientos de los intervinientes que impriman un aporte causal para la producción del resultado. En cambio, para el concepto extensivo-subjetivo quien actúe con *animus socii*, cualquiera que sea el aporte causal, no puede ser autor; y bien puede que quien obre con tal ánimo, no subsuma su comportamiento en ninguna de las formas de participación, resultando, entonces, impunes, pues no es posible transformarlas en autoría (por no obrar con *animus auctoris*), como sí acontece en el concepto extensivo-objetivo” (Suárez, 2007, p. 114).

En el concepto restrictivo de autor se diferencia entre el autor y el partícipe, pero la figura central del delito es el autor, mientras que la participación es accesoria. Esta definición de autor es preferible, pues permite una determinación de lo típico y una adaptación en mayor grado a los principios del Derecho Penal en un Estado de Derecho (Díaz y García Conlledo, 2008).

3.2. Distinción entre autoría y participación

3.2.1. Teorías subjetivas

Parten de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y consideran que la distinción entre los autores y partícipes debe hacerse a partir de preceptos subjetivos en donde autor es quien actúa con voluntad de autor (*animus auctoris*) y partícipe con voluntad de este (*animus socii*).

“Para concretar cómo se determinan esas voluntades hay dos variantes fundamentales: a. La teoría del dolo, según la cual el *animus auctoris* consiste en una voluntad autónoma, mientras que el *animus socii* es una voluntad dependiente de la del autor y subordinada a la misma; b. La teoría del interés, que estima que actúa con *animus auctoris* quien lo hace con

un interés propio en el hecho, y con animus socii quien obra en interés ajeno” (Díaz y García Conlledo, 2004).

Esta teoría es criticada porque es prácticamente imposible saber quién actúa con voluntad autónoma o en interés ajeno, además de que puede llevar a que todos actúen con voluntad ajena, y por tanto a que existan hechos con sólo partícipes y sin autores (Díaz y García Conlledo, 2008).

3.2.2. Teoría del acuerdo previo

Según esta, todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos, son coautores del mismo, sin que sea relevante el aporte material realizado para la concreción del tipo. El acuerdo puede ser previo o concomitante al hecho y no requiere que sea expreso. Esta teoría es criticable porque, aunque el que exista un acuerdo muestra mayor disposición para ejecutar el hecho y hace que este sea más peligroso, la disposición no significa necesariamente realización de la conducta y la peligrosidad no es un criterio por sí solo de la autoría (Díaz y García Conlledo, 2008).

3.2.3. Teoría objetivo formal y objetivo material

La teoría objetivo formal considera autor a aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, los verbos descritos en el tipo penal; todos los demás son inductores o cómplices (Roxin, 1998). Esta teoría deja grandes vacíos frente a la coautoría y la autoría mediata, pues los coautores no necesariamente ejecutan el delito en su esencia y el autor mediato, actúa a través de otro por lo que no ejecuta la conducta punible. Para Roxin (1998):

“la fortaleza de la teoría objetivo-formal reside en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración. Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata y en que en el tratamiento de la coautoría se llega a un deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí.”

Por su parte, la teoría objetivo material busca destacar el carácter material del delito resaltando la importancia de la acción. Dentro de esta se encuentran la **teoría de la necesidad de la aportación causal**, según la cual, se tiene como autor a quien coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera podido realizar; la **teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho**,

que entiende que es autor quien coopera en la ejecución del hecho punible, por lo que es coautor todo aquel que haga un aporte causal simultaneo al hecho; **teoría de la causalidad física y psíquica**, en la que es autor quien de manera directa lleve causalmente al resultado, y participe si lo hace a través de la acción de otro. En esta, la autoría pertenece al ámbito de la causalidad física, y la participación, al de psíquica; y la **teoría de la supremacía del autor**, en la que el comportamiento del autor es dominante en la situación global, mientras que el del cómplice es de subordinación. (Roxin, 1998)

Todas estas teorías resultan insatisfactorias porque parten de diferenciaciones causales que en ocasiones son incorrectas y plantan diferencias extrajurídicas extrañas al concepto de autor y que se alejan de la tipicidad en la determinación de la autoría (Díaz y García Conlledo, 2008).

3.2.4. Teoría del dominio del hecho y de la voluntad

Fue Hans Welzel quien dio el aporte inicial a la doctrina del dominio del hecho al enlazarla con su teoría de acción, derivando de esta una autoría final basada en el criterio de dominio del hecho; en este sentido, autor es quien tiene el dominio final del hecho, mientras que los inductores y partícipes tienen dominio sobre su participación, pero no del hecho mismo. Sin embargo, fue finalmente Roxin (1998) quien impulsó esta teoría y según él: **es autor quien con su actuación decide el sí y el cómo del transcurso y resultado del hecho.**

Roxin (1998) explica que, la teoría desarrollada por Welzel ofrece un punto de partida, pero en síntesis el concepto de dominio del hecho no es ontológico ni tampoco está formado solamente por valoración jurídica, sino que es el producto de una síntesis “de modos de considerar ontológicos y teleológicos”, lo cual se demuestra en que: i) el dominio del hecho requiere un actuar final, y en esa medida, los comportamientos no finales quedan descartados desde el principio. Existe una cualidad dada al concepto de autor, pero a su vez, el concepto de finalidad requiere de interpretación teleológica, pues no existe una finalidad en sí, sino que la voluntad interesa en tanto este dirigida a llevar a cabo los elementos del tipo, por lo que la finalidad es normativa. ii) En el caso de cooperación de varios que obran finalmente, de la estructura final no se pueden obtener criterios para diferenciar las formas de participación, pues el dominio no se explica por medio del concepto de finalidad, que también está en la participación. iii) El concepto de finalidad fundamenta el dominio cuando el error del ejecutor permite la autoría mediata del hombre de atrás, sin embargo, esa finalidad en estos casos tiene un marcado suplemento teleológico.

Existen tres formas en que se manifiesta el dominio del hecho: el dominio de la acción, esto es, la realización directa del tipo; el dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata; y el dominio funcional del hecho, que corresponde a la coautoría y alude al concurso de varias personas en la realización del hecho según división del trabajo o de funciones.

En cuanto a la distinción ente dominio de acción y dominio de la voluntad, Roxin (1998) ha aclarado que en el primero de estos “la realización típica de propia mano fundamenta la autoría”, mientras que en el dominio de la voluntad, “se trata de casos en los que falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de dominio de la voluntad en el autor”. Además, explica el dominio que se ejerce sobre otro no como la posibilidad de ejercer una mera influencia, que también podría desplegar el inductor o el cómplice, y delimita el concepto de dominio de la voluntad a los casos en que “la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de atrás”. De esta forma, excluye de esta definición aquellos sucesos en los que el ejecutor directo tiene libertad de decidir, y establece que entre las formas de dominio de la voluntad están la coacción, el error, el uso de inimputables y menores, y las estructuras de poder organizadas.

La teoría del dominio del hecho abrió las puertas para que, dentro del concepto de autor, pudieran encajar otros elementos que antes estaban excluidos y de esta forma, se dio la posibilidad de contemplar como autor a quien en principio no ha tenido participación directa en la comisión del ilícito, como es el caso de los autores mediatos. A partir de esta última y con la inclusión de otros conceptos como es el dominio de la voluntad, surgió la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Pese a su importancia, esta teoría ha sido criticada por acoger consideraciones extrajurídicas, como el definir al autor como la figura central del hecho, y dotarlas de gran importancia, pero sin que tengan un fundamento normativo. Además, el incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, genera dificultades para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, lo que lleva a aplicar un concepto unitario de autor para estos últimos (Díaz y García Conlledo, 2008).

3.3. Delitos de infracción del deber

Existen casos en los que el solo dominio del hecho resulta insuficiente para delimitar la autoría y la participación y no resulta un criterio suficiente para determinar quién es la figura central del acto, esto es, eventos en los que el legislador determina quien es el autor a través criterios específicos incluidos en el tipo, por ejemplo, cuando en un delito especial se especifica que el hecho punible debe llevarse a cabo por una persona que ostenta un cargo público. En estos casos, el autor puede que no domine el hecho como tal, pero el hecho de dejar de lado su deber de actuar adecuadamente infringe un deber especial, lo que termina fundamentando su autoría. En este sentido, no es la cualificación cualquiera del sujeto que describe el delito lo que hace que este sea el autor, sino las obligaciones concretas que tiene esa persona.

Al respecto, expone Roxin (1998) que el criterio determinante para la autoría en estos casos reside en una infracción de un deber, y prescinde por completo del concepto de dominio del hecho. Lo que interesa es el incumplimiento de un deber, ya sea mediante la acción o la omisión. Además, la naturaleza de ese deber es extrapenal, se origina en otras ramas y se caracteriza porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el delito y porque para el legislador es la figura central de la acción por su obligación.

La diferencia entre ambas formas de delito no es doctrinaria, sino que proviene de la redacción de los tipos; el autor sigue siendo la figura central de la acción.

En cuanto al concepto de autor dado por Roxin, se le ha criticado (López, 2011) que su teoría no conduce a un concepto de autor sino a dos explicaciones, una para los delitos de dominio y otra para los de infracción de deber, por lo que es incompleta. Además, es inadecuada la remisión a una ley extrapenal para explicar la existencia del deber y el fundamento de este último debería surgir del mismo derecho penal. Esto acarrea problemas respecto a la culpabilidad.

Por su parte, Jakobs, diferencia entre delitos de dominio (en virtud de una organización) y delitos de infracción de deber (en virtud de una institución); estos últimos derivan de un *status* especial que tiene el sujeto que lo obliga a proteger de peligros a otros, sin importar que sea o no el causante de los mismos, por lo que es un deber positivo de aseguramiento del objeto de protección. En estos, el sujeto es autor dependiendo de su pertenencia o no a una institución y estas últimas se clasifican en: relaciones paterno filiales, el matrimonio, la confianza especial y deberes estatales.

Los planteamientos de Roxin y de Jakobs respecto a los delitos de infracción de deber tienen diferencias (tanto?) en su fundamentación como en ciertos puntos concretos. En primer lugar, en lo relativo al concepto de institución introducido por Jakobs y en segundo lugar frente a la lesión de deber, que para Roxin tan solo explica la autoría, mientras que para Jakobs fundamenta la imputación jurídica. Además, la concepción de delito de infracción de deber en Jakobs tiene un carácter más extensivo que en la de Roxin, pues entiende bajo esta definición a todo comportamiento que lesione una institución. En este sentido, los delitos que a primera vista son de dominio se convierten en delitos de infracción de deber cuando el autor ostenta una obligación especial y está inmerso en una institución, sin importar que el tipo en cuestión haya sido formulado como un delito común. (Sánchez Vera, 2002).

Los anteriores criterios de autoría señalados: el dominio del hecho, el dominio de la voluntad o la infracción de un deber, pretenden ampliar el concepto de autor y bajo estos fundamentos se ha permitido atribuir dicha calidad al superior de una organización por los hechos que cometen sus subordinados. Lo anterior, es cuestionable, en especial al abordarse el problema de los delitos de infracción de deber, los cuales expanden excesivamente la responsabilidad y alejan por completo al autor del dominio del hecho, lo que es criticable pues, en últimas se termina castigando al sujeto por ostentar un rol o un estatus, sin que necesariamente haya exteriorizado actos lesivos, y sólo porque se ha infringido un deber, el cual ni siquiera proviene del derecho penal, sino que encuentra su sustento en otras ramas. Esto necesariamente viola el principio de lesividad y el derecho penal del acto, y lleva el juicio de responsabilidad a un ámbito netamente normativo.

4. La responsabilidad penal de los superiores por los actos cometidos por sus subordinados

En principio, un superior de una organización puede responder penalmente porque ordena a sus subordinados ejecutar un acto o porque no impide su comisión, teniendo el deber de evitarlo.

Varias teorías han intentado responder a la pregunta por la responsabilidad del superior. La primera de ellas, en el marco de los ajustes que se han hecho a las teorías tradicionales en materia de autoría es la de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder; tras exponer sus propuestas se aludirá a otras alternativas teóricas propuestas para dar solución a este asunto.

4.1 Autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad

En principio, el autor mediato es aquella persona que, desde atrás, en forma dolosa, domina la voluntad de otro al que utiliza como instrumento para la realización del acto delictivo, actuando el último en un estado de error, ignorancia, coacción o cualquier otra situación que represente una forma de instrumentalización.

Pero en la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, el hombre de atrás no domina al autor directo por padecer este de algún defecto mental y en este sentido estar desprovisto de voluntad, sino que lo hace a través de un aparato organizado que funciona de forma independiente a los intereses individuales de quienes lo conforman. Esta forma de autoría, se caracteriza por que el hombre de atrás tiene a su disposición una maquinaria de la que se sirve para cometer delitos sin que su realización dependa de la decisión autónoma del ejecutor (Roxin, 1998).

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la organización es la fungibilidad del ejecutor, esto es, su intercambiabilidad, no obstante, este último también tiene responsabilidad directa, pues no es engañado, ni coaccionado y por tanto, también responde por los actos que comete. Lo anterior, no niega el dominio que tiene el hombre de atrás, frente a quien:

“...el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer” (Roxin, 1998)

De esta forma, el instrumento que permite la concreción del acto dañino no es el ejecutor, sino el aparato mismo, por medio del cual el hombre de atrás domina el hecho.

Profundizando en los requisitos para configurar esta clase de autoría, se tiene:

- **La existencia de una organización jerárquica y poder de mando.**

Una organización estructurada en forma vertical, con asignación de roles, en la que los actos criminales resultan como consecuencia del cumplimiento de los fines de la empresa criminal, por lo que para su comisión tienen que provenir de una orden explícita de un superior, pues se entiende

que se obra en el marco de una cofradía estructurada y jerarquizada con unos fines preestablecidos (Ambos, 2011).

Además, se requiere de la posibilidad de dar órdenes -ya sean explícitas o implícitas- a los subordinados y que las mismas sean cumplidas. Para Roxin (2006), autor mediato es solo quien, dentro de una organización, tiene autoridad para mandar y la usa para cometer ilícitos, existiendo la posibilidad de que, en los diferentes niveles de la jerarquía concurren varios autores mediatos en cadena.

El poder de mando no puede confundirse con el error o la coacción del hombre de atrás hacia el ejecutor, de ocurrir estos supuestos se estaría ante una autoría mediata y no frente a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Al respecto, explica Roxin (1998) que en los casos contra miembros del régimen nazi, las órdenes se cumplieron, no porque el agente se sintiera coaccionado o inducido por error, sino por el dominio de la voluntad que el hombre de atrás tuvo sobre el hecho.

- **Desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico.**

Claus Roxin (1998) limita el dominio de la organización a los aparatos al margen de la ley, y en razón de esto, afirmó en su momento que lo determinante era que el aparato funcionara como una totalidad fuera del ordenamiento jurídico, pues al estar ligada con este último, se excluía el dominio del hombre de atrás al estar el ejecutor sujeto a unas normas de rango superior que le impedían el cumplimiento de órdenes antijurídicas. Cuando todo el aparato se mueve por los cauces del derecho, ese dominio que ejerce la estructura está dirigido a garantizar los fines del ordenamiento jurídico, por lo que cualquier instrucción antijurídica no deviene de la maquinaria de poder, sino que es un acto individual, llevado a cabo eludiendo el legal funcionar de la organización. En caso de cumplirse una orden ilegal, se actúa en contra del aparato, excluyéndose así el dominio de la organización sobre el hecho. Sumado a esto, en estos casos se niega la fungibilidad del ejecutor, pues este obraría de forma individual, impidiéndose su fácil sustituibilidad.

En este sentido, sólo cabría hablar de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en organizaciones intraestatales en dos casos: cuando el poder estatal se aparta por completo del ordenamiento jurídico y crea otro sistema desvinculado del Estado de Derecho, o cuando se conforma un grupo criminal estructurado e independiente con ideales contrarios a derecho

configurado para quebrantar ciertas normas penales y que funcione como un movimiento clandestino y secreto, pero rígidamente establecido. En este último caso, los delitos que se cometan obedecerán al dominio de la cúpula del aparato sólo si fueran ejecutados en el marco de los fines de la organización y no fueran producto de iniciativas personales. Además, el aparato configurado debe trascender y existir de forma independiente a sus miembros, sin que su prevalencia dependa de las relaciones interpersonales de quienes lo integran, sólo así se asegura el dominio de la maquinaria de poder (Roxin, 1998).

Roxin (2006) posteriormente, replanteó su postura, pero aun reconociendo este criterio como condición necesaria para el dominio del hecho del hombre de atrás. Aclaró que la organización no tiene que estar en cada uno de los aspectos que la conforman al margen de la ley, sino sólo en el marco de los delitos realizados. Además, agregó que la valoración sobre la desvinculación del derecho debe hacerse según el ordenamiento jurídico vigente en que se esté y no en el cual se cometieron los delitos. Así, por ejemplo, los asesinatos del régimen nazi estaban al margen del derecho, aunque el gobierno no los ordenara de manera secreta, sino amparados legalmente.

Al respecto, Ambos (2004) diferencia entre: una desvinculación del derecho en sentido amplio (como la primera postura esgrimida al respecto por Roxin) y otra en sentido restringido (como la más reciente postura adoptada por ese autor); y entre una desvinculación del derecho positivo, esto es, de las normas escritas y una desvinculación del derecho suprapositivo. Seguido a esto, plantea que lo importante no es si existe o no la desvinculación del derecho, sino cómo repercute la existencia de la norma en la realización del delito, esto es, si estos últimos son ejecutados sin titubear por falta de una barrera normativa.

En la desvinculación del derecho en sentido restringido, la infracción es clara y palpable y por tanto, es una barrera normativa ante la ejecución de la orden, adicional a esto, la lesión al derecho positivo es reconocible por un ejecutor promedio, lo que no ocurre frente al derecho suprapositivo. Por lo anterior, solo la desvinculación del derecho positivo es capaz de eliminar la barrera normativa a la ejecución del hecho, por su parte, la desvinculación del derecho suprapositivo es imprecisa, y no es seguro que repercuta sobre la ejecución concreta del hecho. Es un criterio inútil del que se puede prescindir (Ambos, 2004)

Para Ambos (1998), la falta de desvinculación del derecho en aparatos estatales, no impide el dominio del hecho por el hombre de atrás, y por el contrario, la facilita, pues mientras que el

ejecutor subordinado cuando actúa en un aparato desvinculado del derecho, al menos tiene una referencia en el ordenamiento jurídico que existe, cuando dicha orden se da en un aparato estatal sin apartamiento del derecho, queda sin ninguna referencia del ordenamiento jurídico, pues el Estado mismo ordena la comisión de delitos bajo un precepto emitido legalmente. En estos casos el dominio del hecho es más completo y total.

- **Fungibilidad del ejecutor.**

Este criterio hace relación a la amplia disponibilidad de ejecutores para realizar la conducta punible y su potencial de intercambiabilidad. Al existir muchos ejecutores disponibles, se asegura el cumplimiento de las órdenes del hombre de atrás, lo que lleva a que la negativa o imposibilidad de alguno de ellos para realizar la conducta, no impida que se cometa el ilícito (Roxin, 2006)

Ambos (2011) complementa este criterio al establecer que dicha fungibilidad es abstracta, pues el autor mediato no domina al autor directo en sí mismo, desde un punto de vista naturalístico, pues este último es también responsable. En este sentido, entiende que el autor mediato domina es al aparato como tal y por consiguiente, a todos sus integrantes.

En los casos de criminalidad del Estado, y dado que la fungibilidad es un criterio problemático desde un punto de vista empírico, se ha integrado este criterio con un componente normativo. Lo anterior, toda vez que, puede darse que en un caso no pueda efectuarse esa intercambiabilidad del ejecutor, por ejemplo, porque se requiere que este ostente un conocimiento técnico especial para realizar la conducta punible y sólo una persona puede llevarla a cabo. Según esta complementación, el Estado es garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y tiene un deber de protección de los mismos ostentando así un “poder de lesión especial”; esa relación de dependencia normativa del ciudadano frente al Estado fundamenta el dominio del hecho de este último cuando da una orden antijurídica, y la obligación especial de este frente al ciudadano otorga una fundamentación normativa al dominio del hecho cuando se niega la fungibilidad por motivos empíricos. Al respecto, Ambos (2007) expone:

“El dominio por organización requiere de una fundamentación normativa adicional, puesto que por razones fácticas no se puede partir en todos los casos de la fungibilidad del ejecutor en la situación concreta del hecho. Tal fundamentación normativa se centra en el dominio del Estado -obligado de modo especial a la protección de los ciudadanos- sobre la relación

de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos. Al impartir a un ciudadano -el autor- la orden antijurídica de dañar a otro -la víctima- esta relación de reconocimiento es lesionada de manera doble: por un lado, el Estado lesiona su deber especial de protección de sus ciudadanos y por el otro, la relación entre estos es lesionada por la injerencia de un ciudadano en la libertad de otro. Esta mediación en la libertad ajena “materializa” el dominio del hecho por el Estado”.

- **La predisposición del autor directo a la realización del hecho ilícito.**

Este criterio representa la integración del autor con el aparato, con sus órganos de dirección y con los objetivos que este desarrolla. Al lograrse este cometido y por el sentimiento de pertenencia al aparato, la persona se encuentra más dispuesta y decidida a realizar la conducta delictiva comparada con un delincuente común, lo que lleva a que entienda sus actos no como propios, sino como cumplimiento de los objetivos de la organización (Jiménez, 2011)

Roxin (2006) explica que, aquel que en un aparato organizado de poder lleva a cabo un ilícito, lo hace desde una posición diferente a la de un autor independiente que tiene que valerse por sí mismo, pues el estar sometido a mayores influencias de la organización, lo hace estar más preparado para cometer el acto dañino. Esto incrementa el éxito de la orden y contribuye al dominio del hecho del hombre de atrás. Pero además, la pertenencia e integración a una organización, lleva a diferentes factores que en igual medida conducen a una mayor predisposición al hecho ilícito por parte de aquellos que están condicionados al aparato; entre estos se encuentra que el sujeto está más propenso a cometer actos que de forma individual no haría, se muestra una mayor disponibilidad para acatar las órdenes dadas por los superiores o a que se cumpla cualquier mandato por temor a la autoridad, al menosprecio o a ser removido del cargo.

4.2 Responsabilidad penal por omisión

Como se advirtió, un superior de una organización también puede responder penalmente porque no impide la comisión de hechos punibles, teniendo el deber de evitarlos. En estos eventos se está ante una responsabilidad penal omisiva en donde la fuente de responsabilidad es el incumplimiento de los deberes de garante.

Los bienes jurídicos se pueden lesionar mediante acciones, esto es, al realizarse una conducta de forma positiva, pero también mediante omisiones, es decir, cuando se deja de hacer una conducta esperada. La diferencia normativa entre ambas formas de conducta ha sido entendida por algunos autores como *formal*, pues todo tipo penal podría ser formulado tanto en sentido positivo (omisión), como negativo (acción). Pero por otro lado, algunos otros, entienden que existe una diferencia *material*, o de contenido, lo que significa que el desvalor de injusto entre ambos es diferente, siendo la conducta omisiva menos desvalorada, en principio, que la activa (Rodríguez, 2017)

Si bien la dogmática penal trae distintas clasificaciones de las omisiones, para efectos de este trabajo, se planteará una clasificación de la omisión entre: propia e impropia o de comisión por omisión. En este sentido, los delitos de omisión, se diferencian entre aquellos que incumplen un simple mandato u obligación de hacer algo (omisión propia), y los que incumplen un deber jurídico especial de protección (omisión impropia). En cuanto a la clasificación de estas dos formas de omisión, se ha dicho:

“...tampoco es posible olvidar la significativa diferencia político-criminal consistente en las omisiones puras como las de socorro y denuncia (o de impedir determinados delitos), y los supuestos de comisión por omisión (“omisiones impropias” en la terminología dominante alemana). Si en ambos casos se trata de la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda, es, sin duda, diversa la fundamentación material de la exigencia de tal prestación. En las omisiones puras mencionadas, se halla la vigencia de un principio solidarístico. En las otras, se advierte al pronto la existencia de una base funcional específica. De ahí que también la exigibilidad, de admitirse su operatividad en la esfera típica, deba entenderse de modo necesariamente diferente en uno y otro caso”. (Silva, 1986)

4.2.1. Las omisiones propias

Se encuentran expresamente reguladas en la ley, con una pena específica asignada, y buscan castigar el no haber realizado la conducta esperada, sin importar que se produzca o no un resultado lesivo. Si bien, se exige un deber jurídico de actuación, no se impone al sujeto una obligación de indemnidad del bien jurídico, siendo indiferente si la conducta dejada de hacer y esperada, hubiera evitado el resultado. Para su concreción, se requiere que el sujeto tenga capacidad de actuar, esto es, de realizar la conducta debida.

En estos casos, la omisión no produce el resultado, pues este último proviene de un factor externo, por lo que la conducta prohibida es la no realización de la acción impuesta para neutralizar el peligro que pone en riesgo el bien jurídico. (Arauz, 2000)

4.2.2. Las omisiones impropias

Son una forma de comisión y requieren la producción de un resultado dañino que pueda ser imputado a ese comportamiento omisivo (salvo cuando se tipifica expresamente la omisión). Al no encontrarse expresamente reguladas en la ley, cuando se incurre en esta clase de comportamientos, se impone la pena del hecho tipificado de forma activa, lo que en algunos ordenamientos jurídicos se hace a través de una cláusula de equiparación.

En la comisión por omisión (omisión impropia), por no encontrarse expresamente regulada, se pretende equiparar la acción omitida y esperada con la acción prohibida y contenida en una norma, exigiéndose del autor una protección especial del bien jurídico, lo que trae como consecuencia, en caso de incumplimiento de ese deber, la imposición de la pena como si lo hubiera lesionado de forma activa.

4.2.3. Posición de garante

Los delitos de omisión impropia no pueden imputarse a todo aquel que tenga capacidad de acción y de evitación de resultado, sino solo a aquellas personas que ostentan un deber especial de protección o de garantía, esto es, una posición de garante.

Luzón Peña (2017), establece como requisitos para que se dé la imputación de un resultado a una comisión por omisión, los siguientes: que se trate de un delito de resultado, un deber jurídico especial de evitar el resultado típico y equivalencia material con la causación activa. Al respecto expone:

“Ahora bien, la imputación de la producción del resultado a una omisión sólo será posible, para respetar el principio de legalidad criminal y las consiguientes exigencias de tipicidad legal, si se trata de un tipo de delito puro de resultado o puramente resultativo sin modalidades limitadas de ejecución activa, pero obviamente no si estamos ante un tipo de resultado, pero con modalidades de actividad o ejecución activa limitadas, legalmente descritas y el omitente no las realiza. En segundo lugar, se requiere no un deber genérico de actuación favorecedora como en las omisiones propias, sino un deber jurídico especial

de evitar el resultado típico, un deber de garantía; por ello, sólo podrá ser autor quien tenga una posición de garante jurídica. Y, en tercer lugar, la concurrencia de las circunstancias que permiten fundamentar el criterio de equivalencia material con la causación o comisión activa, constituido a mi juicio, como veremos, por la creación o aumento del riesgo o peligro por la omisión misma desde el punto de vista normativo social y jurídico”.

En cuanto a ese “deber de garantía”, propio de la posición de garante, se hace referencia a que, frente a situaciones en las que un bien jurídico se encuentre en peligro, determinadas personas tienen el deber jurídico de evitar que se produzca un resultado lesivo. Es garante, quien tiene esa obligación de proteger a una persona de los riesgos a los que se encuentra expuestos y en caso tal de incumplir su obligación, debe responder por la conducta acontecida como si el mismo la hubiera ejecutado. Gracia Martín (1999), ha definido la posición de garante del siguiente modo:

“La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa.”

La posición de garante puede devenir de diferentes fuentes, al respecto se indicará solo algunas de ellas: de la ley, el contrato, la injerencia (fuentes formales), del deber o función de protección de un bien jurídico o fuente de riesgo (teoría material) y de los deberes por competencia institucional y deberes por organización (Teoría desarrollada por Jakobs).

Las fuentes formales de la posición de garante son: la ley, surgen de la estrecha relación familiar o de las regulaciones legales de determinada profesión; las que emanan de un contrato, resultan por un acuerdo contractual en el que un sujeto se obliga a actuar de determinada forma, y la injerencia, cuando se crea un peligro para otro voluntariamente. (Gracia Martín, 1999)

Las fuentes materiales de la posición de garante son: i) el deber de protección de un bien jurídico: por estrecha relación familiar y comunidad de vida, por asumir una función protectora frente al mismo de forma voluntaria o por compartir con una persona o varias una situación de peligro. O ii) la vigilancia de una fuente de riesgo: injerencia, dominio de una fuente de peligro, responsabilidad de terceros.

El Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, contempla la posición de garante en el **artículo 25** y al respecto define que esta se configura cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y el agente no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo. Así mismo, diferencia dos formas de posición de garante, una derivada de los deberes provenientes de la constitución y la ley, y otra de la relación, en determinada situación, de la persona con el bien jurídico, y frente a esta última establece cuatro diferentes escenarios:

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

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

Posición de garante según los deberes por competencia institucional y por organización:

Según Jakobs (2016), en toda sociedad existen relaciones positivas y negativas, de donde se desprenden a su vez, unos deberes positivos y negativos, que incluyen tanto prohibiciones como mandatos. Los deberes negativos (**competencia por organización**), surgen de la interacción social y de la unión de la libertad de organización de cada persona con la responsabilidad por las consecuencias de la propia organización; en estos, hay una compensación de una situación de lesión o daño producida por el autor y surgen de la “obligación originaria” de no dañar a otros. Al respecto, Jakobs arguye (2004):

“Si excluyo a otros de la organización de mis derechos, y además no debo, por mi parte, perturbar las organizaciones de esos otros sujetos, he de estar obligado a organizarme de tal modo que de mi ámbito no partan perturbaciones por mi actividad o también sin que yo actúe; puesto que puedo lícitamente expulsar a otros de este ámbito, que denominaré ahora ámbito de organización, sólo a mí me puede incumbir la supresión de un output lesivo de mi ámbito.”

Son deberes negativos, el no modificar el ámbito de organización del otro y hacerse responsable de las consecuencias de la propia organización o de la perturbación de la ajena. En este sentido expone Jakobs (1996):

“En sinalagma por esta libertad existe de nuevo el deber de mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular -siguiendo una prohibición- a una configuración peligrosa, ya sea eliminando de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido -esto es, siguiendo un mandato.”

Estos deberes negativos los denominó deberes de “aseguramiento”, según estos, a cada persona compete, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que, en el contacto con las organizaciones ajenas, no se desprendan riesgos que excedan el nivel permitido. Si el estado de la organización es inocuo, no se debe modificar en un sentido nocivo, esto es, el aseguramiento consiste en la omisión de una conducta arriesgada, y si el estado es peligroso, el aseguramiento consistirá en una reorganización activa. La diferenciación hecha entre un actuar y no actuar es irrelevante jurídicamente y la distinción se refiere es al estado en que casualmente se encuentra la organización (Jakobs, 1994).

Dentro de los deberes de aseguramiento está:

El **aseguramiento del tráfico**: en la interacción social existen unos riesgos permitidos, esto es, poner en peligro los bienes jurídicos de otros, sin embargo, se debe procurar que, en la libertad de organización de cada persona, no se lleven a cabo comportamientos que excedan los riesgos permitidos. En este caso, los deberes consistirán en tomar las medidas necesarias para evitar que el ejercicio de la libertad y desarrollo de actividades peligrosas, genere daños no permitidos para otros. Al respecto, Jakobs (2016) expuso:

“Este tiene como contenido que la zona de roce de la organización propia con la organización ajena debe configurarse de forma socialmente adecuada. El supuesto habitual del delito de comisión es una lesión del deber que exige que sólo se produzcan movimientos motivados de forma socialmente adecuada, esto es, una lesión del deber de aseguramiento del tráfico... El deber de aseguramiento del tráfico como posición de garante se extiende en el ámbito de los delitos de omisión desde el deber de controlar el propio cuerpo, pasando por los deberes de control de las máquinas que se usen, los automóviles, viviendas,

animales, etc., hasta el deber de control de instalaciones fabriles, vías férreas, líneas de alta tensión y otros”.

En caso tal que estos deberes fallen, se imponen unos deberes de **salvamento**; según estos, el sujeto tiene la responsabilidad de hacer todo lo que esté a su alcance para evitar que efectivamente se dañe a otro con el comportamiento precedente peligroso:

“En efecto, si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que reestablecer una configuración adecuada, y en verdad, no sólo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento)” (Jakobs, 2016).

Así mismo, existen los deberes de **asunción**, en los que se asume voluntariamente la protección ajena de bienes jurídicos. Según Jakobs (2016), “nace cuando alguien organiza la disminución de una protección ya existente que estaba actuando en una organización ajena; el deber en virtud de asunción es el sinalagma de esa merma de la protección ajena.” En estos no se trata de la configuración interna de la propia organización, sino de la salvaguarda de riesgos para una organización ajena.

Por otro lado, los deberes positivos (**competencia institucional**) parten del reconocimiento del otro como persona y de proporcionarle ayuda, en estos, el autor tendría que compensar de todas formas una situación de daño o lesión así no la haya generado. Al configurarse un mundo en común con alguien se crean instituciones esenciales para la estructura social, y en estas, se debe procurar por proteger a los otros de peligros, sin importar que uno sea o no el causante de los mismos, aquí surgen deberes que se fundamentan en la pertenencia a instituciones sociales y garantizan jurídicamente la expectativa de ayuda en sentido positivo, además, no corresponden a todas las personas, sino que solo afectan a aquellas que ostentan un estatus especial.

“Antes bien, se trata de un fundamento único, a saber, del mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social; este fundamento se divide en la competencia por organización -para una Sociedad liberal evidente- y junto a ella, otras competencias todavía por nombrar, provenientes de otras instituciones pero que, en todo caso, hay que resaltar que igualmente se derivan de instituciones; estas competencias institucionales siempre

deben estar dirigidas a una unión positiva entre personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización. Se trata pues ahora, de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad social, las positivas que sean irrenunciables.” (Jakobs, 1996)

Estos deberes se dirigen ante todo a la institución en cuyo marco se organiza cada persona, no se confía en el policía porque este ha organizado su vida en cuanto a esta profesión, sino en la Policía como institución, y así mismo, tampoco se confía en el juez, sino en la Justicia (Jakobs, 2016). Dentro de estos, se encuentran los **deberes estatales**, que son exigidos respecto de los titulares de la función pública por el status que ostentan, en este sentido, el autor tiene el deber de mantener la existencia de la institución y el cumplimiento de las finalidades de esta:

“El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz. No pueden nombrarse aquí todos los deberes genuinamente estatales que son desempeñados por los titulares de una función pública del Estado, pero sí debe mencionarse que el Estado tiene el cometido de cuidar de la seguridad interior y exterior, y en verdad, no solo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de sinalagma, sino en virtud de la autodefinition del Estado: si el Estado deshace el monopolio, se deshace a sí mismo. Además, un Estado de Derecho tiene que garantizar la sujeción a la ley de la Administración; un Estado de prestaciones, al menos la asistencia fundamental; el Estado de una Sociedad saturada por la técnica tiene que tener consideración por el medio ambiente.” (Jakobs, 1996)

En estos deberes positivos, también se encuentran los provenientes de las **relaciones paterno filiales y de confianza especial**, que surgen de una relación especial dentro de una institución como es el caso de los padres e hijos, cónyuges y médicos-pacientes, entre otros.

La forma de realizar la conducta, mediante una acción u omisión, no tiene relevancia, y contrario a esto, se traslada la discusión a si con el comportamiento se ha violentado un deber positivo o negativo, dentro de los cuales se incluyen tanto prohibiciones como mandatos.

“Deber positivo versus deber negativo, así reza la distinción que arraiga en la configuración social y que por ello resulta dogmáticamente determinante, en tanto que la distinción entre

acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan sólo a meras características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal”. (Jakobs, 2016)

Lo anterior, toda vez que lo relevante es determinar si en cada caso, según el rol que se desempeña, se ostentaba una posición de garante y el cumplimiento del deber que se exigía, ya sea por competencia organizacional o institucional, esto es, si se tomaron las medidas necesarias para materializar los deberes de aseguramiento y evitar que actuaciones peligrosas repercutan en lesiones para otros; o si por ostentar un rol y una relación especial con otro, se cumplió con el deber de protección de sus bienes jurídicos; sin importar si el acatamiento de estas exigencias se hace mediante acciones u omisiones.

Al respecto, son ilustrativos los ejemplos dados por Jakobs de un ingeniero que alquila un carro y se da cuenta, gracias a sus conocimientos especiales, que los frenos van a fallar y en razón de esto lo devuelve al arrendador y el siguiente cliente sufre un accidente. O el caso del estudiante de biología que para ganar dinero trabaja como mesero y se da cuenta antes de servir una ensalada que en ella hay una fruta venenosa y sin embargo, la sirve. A través de estos, explica que en ambos casos debe excluirse la responsabilidad penal y no es posible admitirse la estructuración de una posición de garante, pues ninguno de los dos sujetos quebrantó su rol y sus expectativas de comportamiento no sobrepasaron el riesgo permitido. Otra cuestión es que puedan responder, si es del caso, por una omisión de socorro (Jakobs, 1996).

4.2.4. La discusión sobre la participación en la omisión impropia

En la comisión por omisión se ha considerado posible atribuir el carácter de autor del garante que no impide el resultado, la doctrina sin embargo, discute de manera más intensa si el garante pudiera ser también partícipe, y en concreto cómplice, del hecho punible.

Teorías que no admiten la participación omisiva:

Según estas, los delitos omisivos se caracterizan por la infracción de un deber, por lo que todo el que infringe su específico deber es autor del delito, y si no tenía tal deber será autor de una omisión propia.

Teorías que si admiten la participación omisiva:

- Expone Roxin (1998) que, se presenta la participación por omisión en los casos donde una inactividad se convierte en una cooperación en un delito, sin reunir los requisitos de la autoría. Esto puede ocurrir cuando no exista un tipo autónomo con el cual el acto de no evitación del delito se corresponda con el injusto de un tipo comisivo o cuando la omisión se debe a un sujeto no garante.
- Para Luzón Peña (2017), los delitos de omisión impropia no son delitos de infracción de deber, pues en los primeros no basta con que el garante incumpla su deber especial, sino que también se requiere que dicha omisión equivalga plenamente a la comisión activa para encajar en el tipo. En este sentido, y partiendo de que en los delitos omisivos también opera como criterio de autoría el dominio del hecho, el garante que no lo tiene, pero si favorece o facilita la conducta de un tercero que domina el hecho, puede ser partícipe.

Para este autor, es procedente una participación en la omisión cuando esta sea equivalente a una conducta activa de participación, y el criterio para establecer esa equivalencia es el mismo de la autoría, esto es, la creación o incremento del riesgo. En este sentido explica:

“Para que haya participación omisiva, por tanto, la situación tiene que ser estructuralmente idéntica: que la misma omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando -o contribuyendo a aumentar- en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro” (Luzón Peña, 2017).

- Para Jakobs en los delitos de organización, la autoría y la participación dependerán del dominio del hecho, mientras que, en los delitos de infracción de deber, es autor quien incumpla con su obligación especial. Al respecto expone Jakobs (1994) haciendo alusión a los delitos de infracción de deber lo siguiente:

“Los delitos de omisión que se cometen y vulneran así tales deberes encuentran su reverso, en el plano de los delitos de comisión activa, en los delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikten*) y siguen las mismas reglas que éstos, lo que en particular significa: por falta de relevancia del *quantum* organizativo decae la diferenciación entre autoría y participación basada en este *quantum*; más aún, todo sujeto especialmente obligado está de

inmediato, esto es, sin accesoriedad, sometido al deber y es por ello autor si no le falta alguna otra cualificación para la autoría.”

- Expone Portilla Contreras (2017), que la participación en estos supuestos debe resolverse en el marco de una identidad estructural entre los delitos de omisión impropia y los de comisión, esto es, una equivalencia desvalorativa ente ambas que provenga no del tipo de autoría, sino al de la participación. En este sentido explica:

“...para admitir la participación por omisión habría que decidir en cada supuesto si el garante, que solo tiene un dominio funcional, no de hecho que lo ostenta el autor comisivo, no ha evitado o reconducido -pudiendo hacerlo- el foco de peligro, que ha pasado de permitido a ilícito por la acción del autor. Posteriormente hay que determinar en qué medida esa falta de control o no restablecimiento de la normalidad ha resultado esencial, según parámetros de peligrosidad ex ante, para el resultado”.

4.3. Responsabilidad del superior por el mando

4.3.1. Antecedentes

La responsabilidad del superior por mando tiene su génesis en el derecho internacional consuetudinario, específicamente, en la jurisprudencia que surgió a partir de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y de Tokio creados después de la segunda guerra mundial, y los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Ex Yugoslavia y Ruanda, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El 01 de noviembre de 1943, los líderes de Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética (Roosevelt, Churchill y Stalin) publicaron su decisión de que los mayores criminales de guerra alemanes de la segunda guerra mundial, serían juzgados y condenados por un Tribunal Internacional conformado por jueces de los países aliados, mientras que, los crímenes de guerra llevados a cabo por Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, estarían a cargo de los tribunales locales donde se hubiesen efectuado los hechos. (Palacio Sánchez Izquierdo, 1999). En este contexto, mediante el Estatuto de Londres del 08 de agosto de 1945, se conformó el Tribunal

Internacional Militar de Núremberg; por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el lejano oriente, regulado por el Reglamento del 25 de abril de 1946, se creó para juzgar los crímenes de guerra japoneses.

Estos juicios suscitaron importantes críticas que cuestionaron su legitimidad, en tanto, los países vencedores, crearon tribunales para juzgar a los países perdedores bajo sus propias condiciones, sin que los crímenes de guerra ejecutados por los aliados fueran sometidos a un juicio en iguales términos; además, ambos tribunales, estuvieron compuestos por jueces que pertenecían a los países ganadores, lo que puso en tela de juicio su imparcialidad; sumado a esto, las normas aplicables a los hechos no eran preexistentes, por lo que violentaron el principio de legalidad.

Por otro lado, los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Ex Yugoslavia y Ruanda, fueron creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para juzgar los crímenes de guerra llevados a cabo en ambos territorios. A continuación se expondrán los aspectos más relevantes de algunos casos emblemáticos analizados por dichos Tribunales.

4.3.1.1. Caso Yamashita

Uno de los casos más importantes respecto del origen de la doctrina de la Responsabilidad por Mando es el del general japonés Tomoyuki Yamashita, quien fue juzgado por el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente y condenado por la Comisión Militar de los Estados Unidos, por los crímenes cometidos por los integrantes del “Decimocuarto Grupo Armado del Ejército Imperial Japonés” en la ciudad de Manila, de las islas Filipinas. En sí, la discusión se centró en el hecho de que el acusado dio la orden de evacuar Manila, lo que fue desobedecido por un contraalmirante y provocó combates en la ciudad de Manila contra las fuerzas estadounidenses que generaron la muerte de cerca de cien mil civiles filipinos (Olásolo, 2018).

El general Yamashita, fue acusado por los crímenes cometidos por sus subordinados:

“...por omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de los Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas”. (Ambos, 1999)

En esencia, se discutió en el juicio que el general, sabía o debía haber sabido, acerca de los crímenes cometidos por los miembros de su tropa y no tomó las medidas que el derecho internacional le exigía para constatar el control que ejercían sus subordinados y las condiciones que prevalecían en los campos de prisioneros de guerra y civiles internados bajo su mando.

Frente a su condena como superior, la Comisión Militar de Estados Unidos, indicó que no importaba para el caso, el hecho de que no hubiese tenido un control efectivo sobre sus tropas por encontrarse a kilómetros de distancia de las mismas y no conocer sobre los ataques, y lo condenó como responsable de los actos cometidos por estos, bajo su mando, por su posición de superior. Al respecto, se indicó que no se consideraba a un comandante como asesino o violador, simplemente porque uno de sus soldados cometiera un asesinato o violación, pero sí debía existir un intento efectivo de este por descubrir y controlar los actos criminales, y de no hacerlo, podía ser responsable penalmente por los actos ilegales de sus tropas.³

Además, la Corte Suprema de Estados Unidos, en sede de apelación, indicó que no tomó las medidas necesarias para controlar la actuación de los subordinados, tal y como lo imponen las leyes de la guerra. Al respecto afirmó:

“...las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto de prevenir actos concretos... [y] ...puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas... en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados”. (Ambos, 1999)

Si bien fue una decisión bastante criticada, fue la primera en referirse al tema de la responsabilidad de los superiores por los actos criminales cometidos por sus subordinados y sirvió como base para

³ “Este acusado es un oficial de largos años de experiencia en Malasia, Europa y las Islas Nacionales de Japón. Claramente, la asignación para comandar tropas militares va acompañada de una amplia autoridad y una gran responsabilidad. Esto ha sido cierto en todos los ejércitos a lo largo de la historia registrada. Sin embargo, es absurdo considerar a un comandante asesino o violador porque uno de sus soldados comete un asesinato o una violación. No obstante, donde el asesinato, la violación y las acciones viciosas y vengativas son delitos generalizados, y no existe un intento efectivo por parte de un comandante de descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser considerado responsable, incluso penalmente responsable, de los actos ilegales de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias que los rodean”. Caso No. 21 Juicio del General Tomoyuki Yamashita Comisión Militar de los Estados Unidos, Manila. Corte Suprema de Estados Unidos, decisión del 4 de febrero de 1946. Traducción propia.

comenzar a desarrollar la doctrina de la responsabilidad por el mando, siendo utilizada en decisiones posteriores como referente para estructurar esta clase de autoría.

4.3.1.2. Jurisprudencia de los juicios posteriores de Nuremberg

El Tribunal Internacional Militar de Núremberg, si bien no basó ninguna de sus sentencias en la doctrina de la responsabilidad del superior por mando, si lo hizo de esta forma el Tribunal Militar de Estados Unidos, que adelantó los juicios posteriores de Núremberg, escenario donde se llevaron a cabo varios procesos que permitieron desarrollar la teoría de la responsabilidad penal en que pueden incurrir los comandantes de una organización por las actuaciones que cometen sus subordinados.

Al respecto, se destaca el caso *US vs Pohl et al*, en el cual, se juzgó a Oswald Pohl y otros miembros del régimen nazi empleados de la “Oficina Económica y Administrativa SS Principal” (*SS-WVHA*), encargados de la administración de los campos de concentración, por su participación en la “Solución Final”, donde el Tribunal se refirió al caso Yamashita e hizo énfasis en la obligación del oficial militar, con posición de mando, de tomar las medidas a su alcance y apropiadas según las circunstancias, para controlar a aquellos que estén bajo su control para prevenir la violación de las leyes de la guerra (Ambos, 2000).

Dentro de este caso, se condenó a Karl Mummmenthey, gerente de la empresa estatal “*SS-owned Deutsche Erd und Steinwerke GmbH (DEST)*” en el año 1948, en su calidad de administrador civil, por haber tolerado condiciones de trabajo inhumanas sobre los prisioneros de los campos de concentración y no haber tomado las medidas necesarias para evitar dichos abusos. Así mismo, en el caso *US vs Brandt et al*, conocido como “El caso de los médicos”, el 20 de agosto de 1947, se condenó a Karl Brandt y otros, por experimentación humana. (Ambos, 1999). Gracias a estas investigaciones, se comenzó a extender la doctrina de la Responsabilidad del Superior por Mando, aplicándose no solo a jefes militares, sino también a civiles.

En el “Caso de los rehenes” o “*Hostage Case*”, “*Us vs Von Liszt et al*”, se condenó a un oficial del régimen alemán, Wilhelm von Liszt, por los crímenes cometidos en los territorios ocupados. En esta decisión, la Corte indicó que la posición de mando implicaba la obligación de control y supervisión, atendiendo al área de competencia, por lo que, si los delitos ocurrían en su zona de control, el oficial debía intervenir. Respecto al elemento subjetivo y el conocimiento de los

crímenes cometidos por los subordinados, el comandante estaba “obligado a conocer” y aplicó el concepto “debería haber conocido”, desechándose un estándar de conocimiento efectivo. (Ambos, 1999)

Estas decisiones muestran cómo a partir de esta jurisprudencia internacional se comenzó a estructurar la doctrina de la responsabilidad del superior por el mando sin limitarla solo a jefes militares, sino también a aquellos civiles con posición de mando, además, se delinearon los conceptos básicos de esta teoría, tales como: la relación de superior y subordinado, el estándar de conocimiento exigido y la omisión de control de las tropas.

4.3.1.3. Tribunales penales internacionales ad hoc

Gracias a estos Tribunales se avanzó conceptualmente en la teoría de la Responsabilidad por el Mando.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, creado el 25 de mayo de 1993 por la Organización de Naciones Unidas, mediante la Resolución 827 de ese año, fue instaurado para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la Ex Yugoslavia a partir de 1991. Esta reglamentación introdujo en el numeral 3 de su artículo 7°, la figura de la responsabilidad del mando de la siguiente forma:

“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.”

En este artículo, se responsabiliza penalmente al superior por los actos ejecutados por sus subordinados por la omisión en el control de sus tropas, y así mismo, se delimita el elemento subjetivo del conocimiento exigido al superior.

En el caso “*Prosecutor vs. Delalić et al*”, también conocido como caso “*Čelebići*”, se juzgaron los hechos ocurridos en un centro de detención del pueblo de Čelebići, en el municipio de Konjic en Bosnia y Herzegovina en el año 1991. En este se acusó como “superiores” a Zejril Delalić, Zdravko

Mucić alias “Pavo”, Hazim Delić y Esad Landžo alias “Zenga”, por infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y violación a las leyes o prácticas de la guerra por actos cometidos en el campo de prisioneros de Čelebići, toda vez que sabían o tenían razones para saber que sus subordinados estaban maltratando a los detenidos y no tomaron las medidas necesarias y razonables para prevenir estos actos o para castigar a los perpetradores.⁴

En sentencia IT-96-21-T del 16 de noviembre de 1998, el Tribunal estableció que son tres los elementos de la doctrina de la responsabilidad por mando:

1. La existencia de una relación de superior-subordinado.
2. El conocimiento del superior, o que tuviera razones para conocer, que los actos criminales se cometerían o iban a ser cometidos, y
3. La Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir los actos criminales o castigar consecuentemente a quienes los perpetraron.

En cuanto al primer elemento, en la decisión citada, se indicó que los superiores pueden ostentar tal calidad de *facto* o *iure*, por lo que la doctrina de la responsabilidad por mando puede ser aplicada tanto a civiles como a militares. Y frente al elemento subjetivo del conocimiento, “tenía razones para saber”, se indicó que un superior no tenía permitido permanecer intencionalmente ciego ante los actos de sus subordinados, pues al ignorar información acerca de los crímenes cometidos o que se fuesen a cometer por las personas a su mando, incurría en el más serio incumplimiento del deber, teniendo que ser criminalizado bajo la doctrina de la Responsabilidad por Mando. En cambio, surge incertidumbre en situaciones en las que el superior carece de dicha información en virtud de una inadecuada supervisión de sus subordinados. En todo caso, el conocimiento que se exige del superior de los actos ejecutados debe ser efectivo.⁵

⁴“... sabía o tenía razones para saber que sus subordinados estaban maltratando a los detenidos, y no tomaron las medidas necesarias y razonables para evitar tales actos o castigar a los perpetradores. Al no tomar las acciones requeridas de una persona con autoridad superior, Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC y Hazim DELIC son responsables de todos los delitos establecidos en esta acusación, de conformidad con el Artículo 7 (3) del Estatuto del Tribunal.” (Initial Indictmen. Pag 2. Del 19 de marzo de 1996.). Traducción propia

⁵ Con respecto al estándar mental de "tenía razones para saber", la Sala de Primera Instancia toma como punto de partida el principio de que un superior no puede permanecer deliberadamente ciego a los actos de sus subordinados. No puede haber ninguna duda de que un superior que simplemente ignora la información que dentro de su posesión real obligan a la conclusión de que sus subordinados están cometiendo o están a punto de cometer delitos, comete una negligencia muy grave por la cual puede ser tenido como penalmente responsable bajo la doctrina de la responsabilidad superior. En cambio, surge la incertidumbre en relación con situaciones en las que el superior carece de dicha información en virtud de su falta de supervisión adecuada de sus subordinados. (sentencia IT-96-21-T parágrafo 387). Traducción propia.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante Resolución número 955 de 1994, para investigar las masacres ocurridas en Ruanda por el conflicto étnico entre los hutus y tutsis, introdujo la responsabilidad por mando en el numeral 3 del artículo 6° de su Estatuto de la siguiente forma:

“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.”

Se resalta el caso “ICTR-96-4-T”, “*The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*”, donde se juzgó a este último por los actos de violencia sexual, agresiones físicas y homicidios cometidos en contra de civiles desplazados “tutsi” que buscaron refugio en el “Edificio de la Comuna”. En este se analizó la responsabilidad del superior del mando civil y se indicó que en cada caso debía valorarse si el superior tenía la facultad de tomar todas las medidas necesarias y razonables⁶. Y frente al conocimiento exigido al superior, se dijo que este debía haber actuado con malicia o una negligencia tan seria que estuviera a la altura de la aquiescencia.⁷

4.3.2. Normativización de la responsabilidad del superior por mando

Respecto a la codificación de la figura de Responsabilidad por Mando, se tiene que la misma, además de ser incluida dentro de los respectivos Estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia y Ruanda, fue regulada por primera vez en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 8 de julio de 1977 sobre la protección de las víctimas en los conflictos armados internacionales (PA I), en el artículo 86, numeral 2, según el cual, el hecho de que la infracción se cometiera por un subordinado no eximía de responsabilidad penal a los superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, que se estaba cometiendo o iba a cometer la

⁶ “a menudo es apropiado evaluar caso por caso el poder de la autoridad realmente transferido al acusado para determinar si tenía o no el poder de tomar todas las medidas necesarias y razonables...” . Ibid, párrafo, 491. Traducción propia

⁷ “La Cámara sostiene que es necesario recordar que la intención criminal es el elemento moral requerido para cualquier delito y que, donde el objetivo es determinar la responsabilidad penal individual de una persona acusada de delitos que caen dentro de la jurisdicción de la Cámara, como el genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones del Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II a los mismos, es ciertamente apropiado asegurar que haya habido intenciones maliciosas, o, al menos, asegurar que la negligencia fuera tan grave como equivalente a aquiescencia o incluso intención maliciosa”. Caso ICTR-96-4-T Parágrafo 489. Traducción propia.

infracción y si no se tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir la o reprimirla.

Así mismo, el artículo 87 del Estatuto citado, indicó cuáles son los deberes de los jefes, en donde se incluye, el impedir a las personas que estén a sus órdenes y bajo su autoridad, las infracciones de los convenios y del Protocolo, o en caso contrario, que se adelante el respectivo proceso disciplinario o denuncia penal.

Por otro lado, la teoría de la responsabilidad del superior por el mando ha sido desarrollada por la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma donde según lo consagrado en el artículo 28 se responsabiliza penalmente a los jefes militares o a quienes hayan actuado como tales, por crímenes ejecutados por sus subordinados, de competencia de la Corte, por su omisión en el control de las tropas a su mando.

El Estatuto de Roma, ha contemplado dos clases de responsabilidad por mando, la primera de ellas se encuentra contenida en el literal A del artículo 28 del articulado, definida como una forma de responsabilidad por omisión de los superiores militares, y la segunda, contemplada en el literal B, como una responsabilidad por omisión para los superiores no militares. Ambas exigen, una relación jerárquica (comandante/subordinado), bien sea de *facto* o de *iure*; que se cometan delitos por los subordinados de competencia de la Corte Penal Internacional; que exista un mando y control efectivo o autoridad y control efectivo, del superior sobre los subordinados; y que el comandante no tome todas las medidas necesarias para prevenir, reprimir o sancionar las conductas de los subordinados.

Por otro lado, se diferencian en el grado de conocimiento exigido, esto es, en el elemento subjetivo, pues al superior militar se le exige que “hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”, que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer un ilícito, mientras que, a los superiores civiles, se les exige que “hubieren tenido conocimiento o deliberadamente hubieren hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. A los superiores militares se les castiga en caso de tener un conocimiento real de los crímenes o por su simple negligencia, por su parte a los superiores civiles se les exige o un conocimiento real o una negligencia grave o culpa consciente, por lo que es más exigente el grado de conocimiento exigido a los superiores no militares (Olásolo, 2018).

En cuanto a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Penal Internacional en que se ha aplicado la teoría de la responsabilidad del superior, se cuenta exclusivamente con “El caso Bemba” o “*Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*”, del presidente del “Movimiento de Liberación del Congo” y comandante de las fuerzas armadas del “Ejército de Liberación del Congo”, contra quien se levantaron cargos por crímenes de lesa humanidad y de guerra, cometidos en la República Centro Africana por miembros de la fuerzas armadas entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003. A Jean Pierre Bemba, se le atribuyó responsabilidad penal con base en el artículo 28 del Estatuto de Roma, esto es, la responsabilidad del superior por mando. El día 21 de marzo de 2016 fue declarado culpable por la Cámara de Juzgamiento III; sin embargo, el 08 de junio de 2018, la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional lo absolvió. Sobre estas decisiones y su aporte a la construcción teórica de la doctrina de Responsabilidad del Superior por Mando se volverá más adelante.

Además, la Responsabilidad del Superior por mando ha sido acogida en la norma 153 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, que señala que los mandos superiores son responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados; conclusión a la que se llegó gracias a la jurisprudencia de los tribunales de Ruanda y antigua Ex Yugoslavia (Olásolo, 2018).

Es de resaltar que en virtud del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, en relación a los derechos humanos, prevalecen en el ordenamiento jurídico interno, y el artículo 2º del Código Penal, según el cual, las normas sobre derechos humanos que se encuentren en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales, son parte integral del Código; lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma y 153 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja, es aplicable en el ordenamiento jurídico Colombiano, y bajo esa fundamentación fue utilizada esta figura jurídica en nuestra jurisprudencia.

4.3.3. Elementos de la responsabilidad del superior por mando en el Estatuto de Roma

Son diferentes los elementos que se han atribuido a esta forma de responsabilidad en los tribunales internacionales *ad hoc*, como en el Estatuto de Roma. Por ejemplo, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en su artículo 7º, numeral 3, establece como requisitos para

que se configure la responsabilidad por mando: i) que el superior supiera o tuviera razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer el acto o lo cometió, y ii) que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.

Por otro lado, el Estatuto de Roma, ha definido en su artículo 28, como elementos de la Responsabilidad por Mando de los superiores militares, los siguientes:

- i) La comisión de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional por un subordinado y la existencia de un superior militar de *facto* o de *iure*.
- ii) Existencia de un mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo, sobre el subordinado.
- iii) Que el superior conociera, o en razón de las circunstancias del momento, “hubiere debido saber” que se estaban cometiendo los crímenes por los subordinados o se proponían cometerlos.
- iv) No haber 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.

Son más los deberes que se imponen al superior en el Estatuto de Roma, y para efectos de este trabajo, se profundizará en los elementos atribuidos a la Responsabilidad por Mando en esta última normatividad, en atención a la importancia que tiene para Colombia por ser un acuerdo aprobado y ratificado por nuestra legislación; de igual modo, si bien el Estatuto de Roma distingue entre la responsabilidad del superior de organizaciones militares y civiles, en este trabajo se estudiarán exclusivamente los elementos atribuidos para la configuración de responsabilidad penal en los primeros de estos.

Así pues, el artículo 28 del Estatuto de Roma establece:

“Responsabilidad de los jefes y otros superiores. 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.”.

- **Existencia de una relación superior-subordinado y un mando y control efectivo o autoridad y control efectivo:**

En el caso Bemba, la Corte Penal Internacional aplicó el término “jefe militar” como aquel que legalmente está encargado de llevar a cabo funciones de comandante militar, de acuerdo con la legislación, los procedimientos y la práctica del Estado; término que puede ser atribuido a todos los superiores militares, y no exclusivamente al superior inmediato de quien cometió el punible. Además, no solo se refiere a los superiores de *iure*, sino también a aquellos que actúen como tales, esto es, superiores de *facto*, que se definirán según su capacidad para emitir órdenes, hacer seguimiento al acatamiento de las mismas y exigir su cumplimiento (Olásolo, 2018).

Según lo anterior, la comandancia de la organización puede ser formal, esto es, que el sujeto sea nombrado legalmente como jefe militar o que, sin haberse realizado ese nombramiento e independiente de su status legal, actúe como tal, esto es, ejerza de *facto* ese rol de superior:

“El perpetrador o agente del delito es un militar (de facto) o superior no militar (civil) que tiene “fuerzas” o “subordinados” bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del status del sujeto activo dentro de la jerarquía militar; cualquier clase de “superior y relación de subordinación” parece ser suficiente” (Ambos, 1999).

Además, se exige la comisión de delitos por parte de los miembros de la estructura que sean de competencia de la Corte Penal Internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° del Estatuto de Roma: genocidio, crímenes de guerra, de lesa humanidad y de agresión; sin que sea necesario, a efectos de estructurar la responsabilidad penal del superior por mando, que existan personas condenadas o se haya logrado su individualización, bastando con que se compruebe que se cometieron unos delitos por integrantes de la tropa bajo su supervisión.

La expresión “mando y control efectivo” es predicable respecto a los superiores militares de *iure*, mientras que la expresión “autoridad y control efectivo” es para los superiores de *facto*, sin embargo, es solo una diferencia nominal, sin que esta expresión denote un mayor grado de control en uno u otro. Además, y en todo caso, se exige que el superior militar ostente un control efectivo sobre sus subordinados.

El término “control” engloba al mando y la autoridad. El “mando” se refiere, materialmente, a una orden y al poder de dominar y controlar, mientras que la “autoridad”, tiene un significado formal, que se refiere al derecho de ejercitar poderes como el derecho de mandar. Como ambos términos implican control, se entiende: “mando explícitamente como poder para controlar; autoridad, implícitamente como derecho a mandar.” (Ambos, 1999)

El concepto “control efectivo” fue definido en el “caso Bemba” como: “la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de crímenes internacionales por los subordinados, o, en su caso, de enviar la cuestión a las autoridades competentes”. Así mismo, en esa decisión se estableció como factores constitutivos de indicios de control efectivo, los siguientes:

“(i) La posición oficial como comandante dentro de una estructura militar, (ii) el poder para dar órdenes, (iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento de las ordenes, (iv) la capacidad para hacer cambios en la estructura, (v) el poder para promover, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas o para iniciar investigaciones, (vi) la autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y para removerlas, (vii) el acceso directo al equipo de la milicia, así como a sus medios de comunicación, (viii) el control sobre las finanzas, y (ix) la capacidad de representar externamente al grupo”.(Olásolo, 2018).

Lo relevante es que se ostente por parte del superior una capacidad material, real y demostrable de ejercer un control sobre los subordinados para así poder exigírsele el cumplimiento de las obligaciones de prevenir, reprimir o castigar los delitos cometidos por ellos, sin que importe la existencia de varios mandos, el rango particular del superior o que no se ostente el mando inmediato sobre quien comete el ilícito.

- **Causalidad.**

El jefe militar o quien actúe como tal, responderá “...en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre sus fuerzas...”, por lo que es necesario que no se haya ejercido una adecuada supervisión de las tropas y por este motivo, haberse producido el resultado lesivo, lo que implica una relación causal entre el incumplimiento del superior y el delito ejecutado por el subordinado. En este sentido, se debe demostrar que, si se hubiera efectuado una correcta vigilancia de las personas a cargo, no se hubiera cometido el resultado dañino.

Atendiendo a los conflictos de aplicar la teoría de la *conditio sine qua non* a la omisión como forma de establecer esa relación de causalidad, se asume para el caso la aplicación de la teoría normativa de la disminución del riesgo, que entiende que una conducta diligente del superior disminuiría el riesgo de ejecución de los crímenes.

La Corte Penal Internacional en el caso Bemba, en decisión del 16 de marzo de 2016, indicó que los crímenes cometidos por las fuerzas debían ser el resultado de la falla del superior en ejercer un control apropiado sobre ellos, pues una persona no podía ser responsabilizada personalmente de un crimen en ausencia de cualquier forma de nexo con este, e indicó que no se requería el uso del estándar del “*but for test*”, para constatar la relación entre la omisión del comandante y los crímenes cometidos. El requerimiento de existencia de ese vínculo se ve satisfecho cuando se establece que los crímenes no se hubiesen cometido en las circunstancias que ocurrieron si el comandante, ejerciendo un control apropiado, hubiera prevenido los crímenes.⁸

Este elemento de causalidad es especialmente importante cuando se habla del incumplimiento del deber de prevenir la comisión de delitos más no frente al deber de denunciarlos, pues aquí, los crímenes ya se han ejecutado.

- **Hubiere sabido o hubiere debido saber.**

El superior, frente a los delitos cometidos por sus fuerzas, debe tener un conocimiento real (hubiere sabido) de la ejecución de los delitos o de la intención de llevarlos a cabo; o un conocimiento potencial (hubiere debido saber) de la ejecución de los mismos.

El conocimiento real y actual puede ser probado mediante prueba directa o circunstancial. En cuanto a esta última, la Corte Penal Internacional, en el caso Bemba, aceptó una serie de factores

⁸ CPI, Caso ICC-01/05-01/08 sentencia de fecha 21 de marzo de 2016 “El requerimiento de existencia del vínculo sería claramente satisfecho cuando se establece que los crímenes no hubieran sido cometidos, en las circunstancias en que ocurrieron, si el comandante hubiera ejercido un control apropiado, o el comandante ejerciendo un control apropiado hubiera prevenido los crímenes”. Traducción propia.

que fueron utilizados por la jurisprudencia internacional de los tribunales *ad hoc* como indicios del conocimiento del superior. Entre ellos cabe mencionar los siguientes:

“...el número de hechos punibles cometidos por los subordinados, su alcance y desarrollo a gran escala, el período de tiempo durante el que los hechos punibles se desarrollaron, el tipo y número de unidades subordinadas involucradas en su ejecución, la forma de actuar en operaciones similares a aquellas en las que se cometieron los delitos, los medios de comunicación disponibles, la existencia de un sistema de información y seguimiento dentro de la organización, la naturaleza de la posición del superior y su ámbito de responsabilidad en la estructura jerárquica, y el lugar en el que se encontraba el superior cuando se produjeron los crímenes internacionales. Así mismo, la CPI ha subrayado que no se requiere que el superior conozca la identidad de los individuos que cometen los crímenes, o que esté al tanto de cada detalle de su comisión, porque esto se hace más difícil conforme se asciende en la cadena de mando” (Olásolo, 2018).

En cuanto a la segunda clase de conocimiento referido, la Corte Penal Internacional, en el caso Bemba, entendió el estándar de conocimiento (hubiere debido saber) como una imprudencia simple, y al respecto indicó que los superiores militares deben obrar con la diligencia esperada para:

“(i) obtener y valorar la información sobre el hecho de que sus subordinados se proponen cometer crímenes internacionales o los están cometiendo; (imprudencia en tomar conocimiento de la situación que activa la obligación de intervención); (ii) valorar diligentemente las medidas a su disposición que son necesarias y razonables para prevenir, reprimir o, en su caso, enviar ante las autoridades competentes los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados (imprudencia en la apreciación del alcance del poder de intervención); y (iii) aplicar las medidas a su alcance elegidas. Según la CPI en el caso Bemba, tanto los factores arriba mencionados en cuanto constitutivos de indicios del conocimiento actual del superior, como los acogidos por el TIPY y el TIPR como indicios de que el superior al menos “tenía razón para conocer”, pueden ser utilizados para probar el estándar “hubiere debido saber” (Olásolo, 2018).

En estos casos se estaría responsabilizando al superior por no actuar con la diligencia esperada y no percibir un riesgo, como debió hacerlo. El comandante militar debe tener el suficiente cuidado

y prever los resultados posibles de las acciones de las personas a su cargo, lo que lo obliga, con base a la información que tiene, a investigar más a fondo para así poder contemplar lo que pueda ocurrir.

No obstante lo anterior, el estándar de “hubiere debido saber”, también puede referirse a la figura del dolo por ignorancia deliberada, en donde caben todos aquellos supuestos en los que el sujeto activo del hecho punible renuncia voluntariamente a obtener los conocimientos requeridos al momento de ejecución del ilícito.

Ragués i Valles (2007), ha definido que se encuentra en tal situación “aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia con respecto a ellas”. Este autor ha establecido como elementos de este concepto los siguientes:

1. Ausencia de representación suficiente, ya sea absoluta frente a cualquier elemento del tipo o cuando exista una cierta sospecha, pero es tan leve e imprecisa que resulta insuficiente como para lograr la representación de un ilícito. En este último caso, una sospecha previa de tal nivel no basta para afirmar que se ha actuado dolosamente, no obstante, la circunstancia de que el sujeto no desista de la conducta planeada es un indicio importante de su indiferencia hacia el bien jurídico porque al actuar ha partido de la base de que lesionara algún bien.
2. Disponibilidad de la información ignorada.
3. Deber de conocimiento.
4. Decisión de permanecer en la ignorancia con respecto a una determinada información, en donde se debe evaluar la constancia de la decisión de desconocer.
5. Motivación que ha llevado al sujeto a mantenerse en su estado de ignorancia donde debe evaluarse si el sujeto activo pretende beneficiarse de su estado de ignorancia sin asumir riesgos propios y eludiendo responsabilidades.

Elementos como la sospecha previa, la persistencia de la decisión de desconocer y persecución de beneficios sin asunción de riesgos prohibidos y evitación de responsabilidades, describen situaciones en las que el grado de indiferencia del sujeto ante el interés lesionado es grave y requiere una necesidad de pena no inferior a la del dolo eventual.

Debe evaluarse, frente al comportamiento del superior, si este se adecua a cualquier negligencia, o ante una que, normativamente, se acerca más al dolo que a la culpa, atendiendo en todo caso al estado de conciencia del sujeto frente al riesgo en cuestión, en donde no se estaría frente a una simple desatención de un riesgo previsible, pero del que no se es consciente, sino frente a la decisión consciente de desatender una situación peligrosa.

Seguidamente, en cuanto al factor temporal, se impone una restricción: “las circunstancias del momento”, lo que significa que este factor subjetivo debe probarse al momento de la ejecución de los delitos.

- **No tomar 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.**

Aquí se hace relación a los tres deberes a cumplir por parte del superior: prevenir, reprimir y denunciar las acciones ilícitas de sus subordinados. Prevenir, la ejecución de crímenes que sabía o debió conocer se estaban planeando. Reprimir, aquellos delitos que sabía o debió conocer se estaban llevando a cabo y denunciar los hechos delictivos que sabía o debió conocer se ejecutaron.

En palabras de Ambos (1999):

“Si el superior tiene que «prevenir» o «reprimir» depende de las circunstancias concretas de cada caso. En general, se puede hacer la siguiente distinción: si un crimen, todavía no ha sido cometido (se proponían cometerlo) el superior está obligado a intervenir, por ejemplo, a través de la impartición de ordenes apropiadas; si el crimen ya ha sido cometido, el superior solamente puede reaccionar técnicamente con medidas represivas, es decir, ordenando una investigación y castigando a los perpetradores o sometiendo el asunto a las autoridades competentes. Si los subordinados están «cometiendo» crímenes, tal y como aparece formulado en el artículo 28 a) i) y b) i), el superior está todavía en capacidad de «prevenir» la continuación de la comisión y de «reprimir» los crímenes ya cometidos.”

En cuanto a “las medidas necesarias y razonables a su alcance”, en decisión de primera instancia del caso Bemba, la Corte definió como “medidas necesarias”, las apropiadas para cumplir con las

obligaciones y “razonables”, las que estaban en sus posibilidades materiales (Cote, 2019). En ese sentido, consideró que aunque el señor Bemba tomó “algunas medidas” para evitar los crímenes, las mismas fueron “limitadas en mandato, ejecución, y/o resultado”, esto es, fueron inadecuadas según las circunstancias y las consideró como no “genuinas”, pues la intención de Bemba no era la de tomar todas las medidas necesarias y razonables, según su capacidad material para prevenir o reprimir la comisión de crímenes, sino contrarrestar las alegaciones públicas y mejorar la imagen de las fuerzas armadas.

Sin embargo, en decisión de segunda instancia, la Cámara de Apelaciones consideró que la Cámara de Juzgamiento no vinculó el supuesto fracaso de Bemba en tomar las medidas adecuadas para evitar la ejecución de los crímenes con ningún acto criminal específico. Un examen de las medidas tomadas por el superior requeriría consideraciones de si las mismas estaban a su disposición según las circunstancias del momento y de si conocía los crímenes o debía conocerlos, por lo que no se exige que el comandante tome todas y cada una de las medidas que estén a su alcance y disposición, toda vez que el artículo 28 del Estatuto de Roma, solo le exige hacer aquello que sea necesario y razonable según las circunstancias. El comandante puede realizar un examen de la realidad operacional que enfrenta, un análisis costo/beneficio para decidir qué medidas tomar en consideración con el impacto que las mismas puedan generar y si estas en efecto sirven para prevenir o reprimir el comportamiento criminal, debiendo optar por aquellas que sean menos disruptivas, siempre y cuando sirvan para los efectos requeridos, esto es, prevenir y reprimir los crímenes. Según la Cámara de Apelaciones, se debe especificar en concreto qué medidas debió realizar y no implementó el comandante, en atención y según los crímenes efectuados, pues recomendaciones en abstracto sobre aquello que hipotética y teóricamente debió hacer, son inútiles y problemáticas, pues no permiten ser refutadas, además de que no le corresponde al acusado demostrar que las medidas por él tomadas fueron suficientes.

De esta forma, se pretende restringir la responsabilidad del superior para no permitir que la misma se extienda a consideraciones abstractas e hipotéticas y que la misma caiga en una responsabilidad objetiva, en donde se castigue por el simple hecho de ser un superior.

4.3.4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por mando

Una de las principales inquietudes que plantea esta figura penal es si constituye un delito de omisión, es una forma de participación o si tiene elementos de ambos.

En primer lugar, se ha entendido que la responsabilidad por mando opera bajo el criterio de autoría de infracción de deber, pues en esta, se imponen a los jefes militares unas obligaciones y unos deberes y por el incumplimiento de estos, es que se estructura la responsabilidad penal. Sobre el superior recae un deber de control de sus tropas, las cuales tienen a su disposición armas y por ende, son una fuente de peligro, además, esa persona en comandancia tiene la posibilidad de impartir órdenes y que las mismas sean cumplidas, lo que genera a su vez, una obligación de control frente a la acciones desplegadas por aquellos bajo su mando. En este sentido, todo superior, en razón del control que tiene sobre sus subordinados, tiene la obligación de adoptar las medidas que estén a su alcance para prevenir, reprimir y denunciar los crímenes cometidos por estos.

Conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma y la consecuencia jurídica atribuida a quien incurre en el comportamiento allí descrito, se entiende que la responsabilidad por mando es una ampliación de la responsabilidad por el injusto de un tercero, y por tanto, es una punibilidad en virtud de intervención donde al jefe militar se le imputan los hechos cometidos por sus subordinados (Weigend, 2004).

Además, es una forma de responsabilidad por omisión, en donde se sanciona al superior por el incumplimiento en la supervisión de los subordinados. La autoría del superior en estos casos no se fundamenta en la realización de unos delitos por sus subordinados, sino en el mismo actuar del superior, sancionándosele a este último por la omisión en el cumplimiento de sus deberes.

Se ha definido la responsabilidad por mando, establecida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, como una forma de **omisión propia**, ya que en esta, se hace responsable al superior por la ausencia de supervisión y control de los subordinados y no directamente, por los crímenes en que estos incurrían; en este sentido, el superior no es responsable de una comisión por omisión (Ambos, 1999).

En cuanto a los crímenes cometidos por los subordinados, no son un elemento del tipo, sino que constituyen un punto de referencia en cuanto al incumplimiento del superior. En este sentido, debe

darse un nexo de causalidad entre el incumplimiento del superior y el delito cometido, donde el dolo del superior no solo debe abarcar el incumplimiento de supervisar, sino también, los crímenes efectuados.

“En efecto, el artículo 28 tiene una estructura peculiar en la que el *mens rea* del superior se extiende más allá de su propia falta de supervisión hasta los actos concretos de los subordinados... en el caso de la responsabilidad del superior el objeto principal del delito es el incumplimiento del superior de supervisar apropiadamente y en consecuencia, su *mens rea* necesita extenderse a este incumplimiento”. (Ambos, 1999)

Héctor Olásolo (2018), considera que ese nexo de causalidad, no es aplicable frente al incumplimiento de los deberes de reprimir y denunciar, y frente a estos se estaría ante un delito de omisión propia. Por su parte, en cuanto a la obligación de prevenir, se está ante una complicidad en comisión por omisión, toda vez que el nexo causal exigido hace que el incumplimiento del superior tenga un efecto favorecedor sobre el crimen, por lo que ya no se castiga simplemente la omisión de un deber, sino que, en razón de esa omisión, se contribuyó a la ejecución de un hecho punible. El superior responde a título de cómplice, toda vez que no es posible que cumpla con todos los elementos subjetivos del tipo, pues el grado de conocimiento que se exige al superior, esto es, de imprudencia simple, es diferente al exigido al autor directo, quien responde con dolo directo, de segundo grado o dolo eventual.

Ambos (2019), considera que ante situaciones donde el superior incumple negligentemente su deber de supervisión de los subordinados, últimos que ejecutan los delitos dolosamente, debería darse una disminución del grado de punibilidad, pues el comportamiento del superior es menos lesivo en estos casos, y sería más lógico no considerar al superior responsable penalmente por los crímenes dolosos de sus subordinados, lo que, sin embargo, contradice el artículo 28 del Estatuto de Roma. Por otro lado, considerar al superior como un cómplice por omisión, en conductas que exigen intención y donde el superior sólo actúa negligentemente en su deber de supervisar, amplía la responsabilidad penal.

En este sentido, considera que esta normatividad crea una contradicción valorativa desde el punto de vista dogmático y político criminal entre la violación del deber de control dolosa e imprudente, y al respecto debería darse una diferenciación en el reproche de culpabilidad para cada caso, so pena de violación al principio de legalidad. En este sentido, en el caso de violación del deber de control doloso, el superior es culpable de una complicidad por omisión, pues con su grado de conocimiento estaría dado el dolo necesario para la participación, mientras que, la violación del deber de control imprudente representa un delito separado, cuyo reducido contenido de injusto debe llevar a la atenuación de la pena del superior. (Ambos, 2004)

Gustavo Emilio Cote-Barco (2016), considera que la doctrina de la responsabilidad por mando no constituye una forma de omisión propia, pero tampoco de omisión impropia, y la califica como una omisión *sui generis*, toda vez que tiene elementos de varias formas de responsabilidad penal en donde necesariamente los subordinados cometen un crimen. Sin embargo, en el marco del Estatuto de Roma, considera que se contempla una forma especial de imputación y no un crimen de omisión adicional “a los denominados *core crimes*”, por esto, se exige un nexo de causalidad entre el control inapropiado de los subordinados y los delitos cometidos por estos.

Guillermo Portilla Contreras (2017), frente a la responsabilidad omisiva de superiores jerárquicos militares en el artículo 28 del Estatuto de Roma, indica que el apartado a) i), de esta disposición, *cuando el jefe militar conocía, o hubiera debido conocer que las fuerzas estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos*, describe una omisión *sui generis*, toda vez que, de no estar tipificada expresamente, se estaría ante una “participación por omisión de garante”. En esta, hay una falta de control del superior, quien podía evitar o dificultar la comisión del delito cometido por la fuente de peligro. De tipificarse expresamente, sería innecesario recurrir a una cláusula general sobre la omisión impropia. En cuanto al apartado a) ii), *la no prevención y no represión o denuncia por parte del superior de los crímenes*, es una omisión propia, donde se castiga la omisión del superior por “no tomar las medidas necesarias y razonables”, sin que su no hacer repercuta en el resultado.

Por su parte, Thomas Weigend (2004), ha indicado que en la responsabilidad del superior este no es castigado por su simple no actuar, sino porque su inactividad está relacionada con la comisión de un delito por parte de sus subordinados; la razón del castigo no es la inactividad como tal, sino la no evitación del hecho delictivo, es decir, del resultado penalmente reprochable.

5. La responsabilidad penal del superior en la jurisprudencia colombiana

La jurisprudencia colombiana ha abordado el tema de la responsabilidad penal de los superiores, especialmente, a partir de casos en los cuales se juzga la responsabilidad de un jefe militar frente a actos criminales de terceros, y no tanto, en aquellos donde se estudia la responsabilidad misma que tiene el superior frente a las conductas de sus subordinados. A continuación, se hará mención de algunas de las principales decisiones que abordan este tema.

-En la sentencia SU 1184 de 2001 emitida por la Corte Constitucional, se hizo una exposición amplia sobre la posición de garante y la fuerza pública. En esta, se estableció en cuál jurisdicción debían ser investigados dos miembros del Ejército (si en la jurisdicción penal militar u ordinaria) que no realizaron las acciones debidas con el fin de impedir el actuar criminal de un grupo paramilitar. Se explicó que un miembro de la fuerza pública puede ser garante por la creación de riesgos para bienes jurídicos o por el surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal, y explicó concretamente que, tener bajo subordinación personas es una fuente de peligro para los bienes jurídicos, por esto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales para evitar que las personas que están bajo su control vulneren derechos fundamentales. Si el superior no evita que un subordinado cometa un delito, se le imputa el resultado por ser garante y no solo el incumplimiento de un deber funcional. Así mismo, la fuerza pública es garante por competencia institucional cuando en concreto, recae dentro de su ámbito de competencia material, funcional y territorial, el deber de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Esta sentencia desarrolla la responsabilidad por mando de los superiores por los actos de sus subordinados como una forma de omisión impropia, tanto es así que, para darle fuerza a la teoría de la posición de garante que ostentan los superiores militares y sus deberes de control de las tropas, hace alusión al nombrado caso Yamashita que dio origen a la doctrina de la responsabilidad del superior por mando y cita el artículo 28 del Estatuto de Roma. Además, explica que esa posición se ostenta por tener bajo su control personas que pueden crear riesgos para los bienes jurídicos, esto es, por los deberes de seguridad en el tráfico.

-En la sentencia C-578 de 2002, se estudió la constitucionalidad del Estatuto de Roma y al referirse a la responsabilidad por mando contenida en el artículo 28 de esa normatividad, la Corte hizo

alusión a la sentencia SU 1184 de 2001 como un pronunciamiento donde se aplicó esta forma de responsabilidad, y afirmó que en ella se estableció que la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida en cuanto al jefe militar oficial o de *facto*. Además, indicó que la responsabilidad por mando frente a superiores civiles fue autorizada por el Acto Legislativo 02 de 2001. En esta decisión, se hizo alusión a la importancia de esta forma de responsabilidad penal, y se precisó que la misma permite ampliar la responsabilidad a aquellos que tienen mando militar o detentan de facto autoridad para evitar la impunidad de estos, es decir, una extensión al concepto de autor por razones político criminales.

- En la sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 24448, se condenó a Luis Fernando Campuzano Vázquez, comandante de la base militar de La Gabarra, como coautor de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir. A este, se le había ordenado que los miembros del Ejército en la zona, enfrentaran a los paramilitares, realizaran misiones ofensivas y destruyeran los retenes ilegales. En este caso, consideró la Corte que hubo una actitud permisiva ante las actuaciones de los paramilitares al tolerarse desplazamientos y retenes ilegales. Tal actitud de los miembros del Ejército la calificó como una contribución al actuar ilegal del grupo de autodefensas e indicó que los señalamientos genéricos a los soldados de la base militar comprometían a su comandante, porque el estamento militar actuaba de manera jerarquizada, por lo que la actitud de la base era patrocinada por el superior, pero también porque las pruebas mostraban comportamientos directos del oficial en relación con el grupo paramilitar.

Calificó el accionar pasivo del superior ante los actos del grupo paramilitar como una participación activa en los hechos cometidos por la organización ilegal y en este sentido lo condenó por su contribución en los delitos. En esta decisión, pese a ya haberse planteado por la Corte Constitucional las bases de la posición de garante de la fuerza pública y la teoría de la comisión por omisión, la Corte calificó la conducta como positiva de acción y condenó al superior como coautor, pues contribuyó con aportes a un plan criminal.

- En el caso Machuca (sentencia del 07 de marzo de 2007, radicado 23825), adelantado en contra de algunos jefes de la compañía “Cimarrones” del grupo guerrillero ELN y los comandantes de la cúpula de esta organización, se condenó a estas personas como coautores impropios por el atentado llevado a cabo por integrantes de la organización contra la línea de oleoducto “Cusiana-Coveñas”, que produjo la destrucción del poliducto y con ello, muertes y lesiones en la población del sector.

En la sentencia citada se indicó que subversivos del ELN de distintas jerarquías sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, frente a lo cual, los directivos de la organización no actuaron como determinadores porque no hicieron nacer la idea criminal en los miembros rasos ni controlaban su voluntad; por el contrario, estos últimos actuaron con acuerdo previo y por convicción propia al compartir las políticas del grupo armado. En este sentido, consideró que eran coautores del hecho.

Aclaró que no existía autoría mediata porque los subversivos que colocaron los explosivos no fueron instrumentalizados, utilizados ni engañados por el Comando Central del ELN, sino que desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad y conocimiento dirigido al logro de sus fines políticos y compatibles con su propia ideología.

En esta decisión la Corte no analizó ni desarrolló la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para tratar de desvirtuar por qué la misma no se ajustaba al caso, si no que se limitó a explicar porqué se estructuraba una coautoría impropia frente a los superiores de la organización. La breve consideración que hizo respecto a la teoría aludida fue errada, pues explicó que no existía autoría mediata porque no hubo instrumentalización de los ejecutores y estos no obraron bajo coacción o engaño, por lo que desconoce el avance teórico desarrollado frente a esta teoría y su concepción de forma diferente a la autoría mediata tradicionalmente tratada, en donde el ejecutor no obra bajo engaño ni coacción, sino como sujeto fungible predispuesto a cometer el delito por su pertenencia a la organización, en donde el dirigente utiliza al aparato como instrumento para a través de este dominar la voluntad de los de abajo.

Además, en este caso, los ejecutores no realizaron el hecho en razón del acuerdo previo existente y por una convicción propia y dirigida a la comisión del punible, pues es claro que se actuó en el marco de una organización vertical y jerarquizada, donde unos superiores dieron órdenes y unos subordinados las llevaron a cabo, por lo que no es dable predicar que fue una decisión conjunta entre quienes ocupan la cúpula de la organización y los soldados rasos que la ejecutan, últimos que además, no tenían un dominio del hecho sino que actuaban según la voluntad de sus superiores.

-En la sentencia del 2 de septiembre de 2009, con radicado 29221, la Corte Suprema de Justicia, luego de hacer un recorrido por las diferentes teorías que explican la autoría y la participación y diferenciar cada una de las formas de autoría, acuña el término “coautoría por cadena de mando”, y explica que el mismo se refiere a la intervención plural de personas articuladas de manera

jerárquica en una organización que, con división de tareas, que pueden ser órdenes, cometen delitos. Al respecto afirmó:

“En este instrumento el que se constituye en un todo enlazado, los protagonistas que transmiten el mandato de principio a fin se relacionan a la manera de los eslabones de aquella. En esa medida, puede ocurrir que entre el dirigente máximo quien dio la orden inicial y quien finalmente la ejecuta no se conozcan.

Así como se presenta en la cadeneta, el primer anillo o cabeza de mando principal se constituye en el hombre de atrás, y su designio delictuoso lo termina realizando a través de un autor material que se halla articulado como subordinado (con jerarquía media o sin ella) a la organización que aquél dirige.

Dada la ausencia de contacto físico, verbal y de conocimiento entre el primer cabo ordenador y el último que consuma la conducta punible, sucede que el mandato o propósito se traslada de manera secuencial y descendente a través de otros dependientes. Estos como eslabones articulados conocen de manera inmediata a la persona antecedente de quien escucharon la orden y de forma subsiguiente a quien se la transmiten. Todos se convierten en anillos de una cadena en condiciones de plural coautoría.”

Además, advirtió que, atendiendo a las características del proceso de Justicia y Paz adelantado con los grupos paramilitares, se hacía necesaria la aplicación de esta teoría como forma de solución del problema de adjudicación de responsabilidad penal y reconoció que la autoría mediata a través de aparatos de poder organizados es aplicable a la justicia transicional. Sin embargo, no condenó utilizando esta forma de responsabilidad penal, sino que afirmó que se configuraba una complicidad.

-Fue en el caso de la masacre de Macayepo (sentencia del 23 de febrero de 2010, radicado 32805) donde se juzgó al exsenador Álvaro Alfonso García Romero por auspiciar grupos paramilitares y conformar y financiar grupos armados al margen de la ley, donde la Corte Suprema de Justicia condenó a un dirigente de una organización como autor mediato. Al respecto se indicó que, en casos de organizaciones criminales y aparatos de poder organizados, los delitos son imputables a

los dirigentes (gestores, patrocinadores, comandantes) como autores mediatos y como coautores a los coordinadores que dominan la función encargada (comandantes, jefes de grupo) y subordinados que cometen directamente el ilícito, pues toda la cadena actúa como un engranaje donde todos tienen un conocimiento y dominio del hecho. Además, aclaró que estos supuestos de criminalidad pueden darse en aparatos estatales como en estructuras propiamente delincuenciales.

-En decisión del 26 de septiembre de 2012, radicado 38250, se advirtió que la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder es aplicable a conflictos internos como el colombiano. Y reiteró lo ya aludido en otras decisiones sobre la pertinencia de la aplicación de esta teoría frente a los grupos alzados en armas que participan en el proceso de justicia transicional:

“...para el caso colombiano esta teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor tras el autor”, la doctrina más atendible la viabilizó: en primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, solo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos”.

- La sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, estudió la constitucionalidad del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012 -sobre los instrumentos de justicia transicional para la terminación del conflicto armado interno- y se preocupó por definir al “máximo responsable” como:

“...aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico.”.

Advirtió que, en el marco de la justicia transicional, se sanciona por delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra solo a los máximos responsables, lo anterior por la necesidad de esclarecer las estructuras de macrocriminalidad que se encuentran en cada crimen, desvertebrar organizaciones criminales y revelar patrones de violaciones de los derechos humanos, lo que evita futuras transgresiones a estos. Lo anterior es relevante, pues permite explicar la trascendencia de impartir responsabilidad penal a los superiores de una organización.

En esta decisión, la Corte Constitucional plantea una aproximación al concepto de máximo responsable propio de la doctrina de la Responsabilidad por mando, en el que pretende esclarecer quiénes son las personas que ostentan tal calidad en una organización y por tanto deben responder por la ejecución de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y define que son aquellos que dirigen, controlan o financian la comisión de delitos. Si bien no es estrictamente la definición de superior de mando y en su concepto incorpora elementos que permitirían extender esta responsabilidad a más personas como aquellos que sólo financian la organización, es una primera conceptualización de este instituto y un primer intento de la jurisprudencia por introducir el tema.

-En la decisión del caso de Mapiripán (sentencia SP 7135 del 05 de junio de 2014, radicado 35113), la Corte Suprema de Justicia condenó al brigadier general del Ejército Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y al mayor Hernán Orozco Castro, por los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado, a título de autores por comisión por omisión, dado que ostentaban la posición de garante de la población de Mapiripán, por competencia institucional, como miembros de la fuerza pública.

La Corte Suprema de Justicia, estableció que las fuerzas militares ostentaban posición de garante por competencia institucional, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 217 de la Constitución Política de Colombia; y para el caso, enfatizó en que la responsabilidad del general Uscátegui, no provenía del control o mando operacional que tuviere de la zona de Mapiripán, sino del conocimiento que tuvo de los hechos que iban a ocurrir, esto es, que un grupo de paramilitares se estaba tomando el municipio y reteniendo a sus residentes, por lo que advirtió la ejecución de una masacre, y omitió alertar sobre los acontecimientos a las autoridades correspondientes, siéndole exigible y posible dada su pertenencia al Ejército, la misión institucional asignada a este, su rango y posición militar. Pese a los esfuerzos de la Corte por establecer por qué se ostentaba la posición de garante, considero que termina siendo una postura amplia y abstracta, pues quedan dudas respecto al control que tenía el superior de la zona ya que simplemente se alude al hecho de que no tuviera un mando operacional en la zona, y frente a los criterios para establecer que se ostenta la posición de garante, dando la impresión que pueden ser ampliados según la necesidad del caso.

- La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 16 de diciembre de 2015, con radicado 38955, manifestó que es posible que dentro de la fuerza pública un superior imparta una orden ilegal para que sea ejecutada por un subordinado, pero su acatamiento no significa que la fuerza pública en general actúe al margen de la ley o que "...coexistan dos organizaciones: una que actúa legalmente y otra por fuera del orden jurídico, que aprovecha las jerarquías, personas y competencias de aquella para cometer delitos". Lo anterior en el contexto de los crímenes efectuados por la fuerza pública en la toma del Palacio de Justicia.

En la sentencia citada, se juzgó al coronel Luis Alfonso Plazas Vega, por su posible responsabilidad en la desaparición de ciertas personas en los hechos del Palacio de Justicia, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, no encontró elementos para establecer la existencia de una organización

paralela ilegal y afirmó que no existía ninguna evidencia indicativa de que Plazas Vega "...haya transmitido, impartido o prohijado alguna instrucción encaminada a la desaparición de alguno de los integrantes del comando subversivo causante de los hechos o de quienes se afirma fueron sus colaboradores". Y el hecho de que algunos miembros del Ejército hubiesen obrado por fuera de sus funciones, no permitía afirmar que este era un aparato organizado de poder que buscaba la vulneración de bienes jurídicos.

En este caso, no sólo bastaba con afirmar la existencia de una organización paralela e ilegal, sino demostrar que la misma existía de un tiempo atrás determinado, configurada para cometer ilícitos, y que no sólo resultó como consecuencias de los hechos suscitados, es decir, de un día para otro. En tal contexto, resulta difícil demostrar que el coronel contaba con toda una maquinaria, dispuesta a su servicio, sin que se viese afectada por los intereses voluntarios de los ejecutores, y que sus actos obedecieron a unos fines estructurales y políticos de la organización que fue conformada clandestinamente, dentro de la institución del Estado, y no hechos aislados.

Esta decisión es relevante, pues presenta una postura de la Corte Suprema de Justicia respecto a la posibilidad de que operen estructuras criminales dentro de la maquinaria estatal, que de aceptarse su existencia de antemano fijaría las bases para estructurar la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en instituciones estatales. Contrario a esto, según lo afirmado por la Corte, el cumplimiento de órdenes ilegales que puedan devenir de comandantes de la fuerza pública, obedecería a actos individuales e independientes de un sector de la institución y no significa que exista una organización dentro del Estado que se aproveche de esta para cometer delitos.

No obstante, debe hacerse la salvedad de que, en cuanto al criterio de desvinculación del derecho del aparato estatal criminal, no se requiere que todo el Estado actúe por fuera del ordenamiento jurídico, sino sólo en el marco de los delitos realizados, por lo que sí puede llegar a darse que una orden ilegal de un superior y su posterior acatamiento se dé en una organización de la fuerza pública, que actúa de forma paralela a esta, con la necesidad, claro está, de la estructuración de los demás requisitos exigidos para la configuración de una autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

-En cuanto a la responsabilidad del superior por mando, contenida en el Acto Legislativo 01 de 2017 -mediante el cual se creó un título de disposiciones transitorias que se incluyeron en la Constitución Política de Colombia y que tienen como finalidad la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera- la sentencia C-674 de 2017, realizó algunas precisiones en clave de si la misma comportaba una sustitución del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos.

Se afirmó que la responsabilidad por mando debía ser intervenida con las categorías tradicionales del derecho penal y las herramientas internas de nuestra legislación y jurisprudencia y no sólo con los instrumentos del derecho internacional, aclarando que, el Estatuto de Roma no contenía títulos directos de imputación, sino mandatos de criminalización que debían ser materializados en el derecho doméstico. En este sentido, las hipótesis que en el derecho penal internacional son criminalizadas con la figura de la responsabilidad por mando, en nuestra legislación, pueden ser juzgadas y sancionadas con categorías propias de la dogmática penal, ya sea mediante la figura de la omisión impropia, la complicidad o tipos penales como el favorecimiento o la omisión de denuncia, según sea el caso y la omisión del deber del superior que se alega. La responsabilidad de mando del Estatuto de Roma no debe ser entendida como un tipo penal autónomo ni aplicada de forma precisa en nuestra legislación, sino como un deber de penalización que puede aplicarse a través de las diferentes figuras que contempla el legislador para perseguir este fenómeno de criminalidad.

En cuanto a los criterios propios que incluye el artículo 24 transitorio para la configuración de esta responsabilidad, afirmó que aunque estos no coinciden integralmente con los instaurados en el derecho internacional, si existe una semejanza material, pues ambos buscan enfrenar el mismo fenómeno jurídico y sólo se diferencian en el alcance específico de algunos criterios de valoración, pero no sobre sus elementos estructurales, como es el hecho de que es una responsabilidad por los actos de un tercero, es una conducta omisiva, se castiga la falta de prevención como la omisión de medidas de sanción y existe un elemento subjetivo relacionado con el grado de conocimiento exigido al superior.

En conclusión, se entendió la responsabilidad por mando instaurada en la JEP para los superiores militares como un criterio de interpretación a aplicar cuando estos incurran en los delitos de base

relacionados directa o indirectamente con el conflicto armado, y que debe acompañar a las categorías dogmáticas particulares que se ajusten al caso para configurar la responsabilidad penal.

- La sentencia SP 5333 (radicado 50236) de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, aplicó la figura de la responsabilidad por mando, prevista en el literal a) del artículo 28 del Estatuto de Roma, y condenó al señor Rodrigo Alberto Zapata Sierra a título de jefe militar, por el delito de acceso carnal violento, por los hechos cometidos por sus subordinados y su omisión en prevenir la comisión de estos ilícitos.

Se resalta de esta sentencia la exposición que se realiza de las diferentes formas de responsabilidad aquí estudiadas: la posición de garante, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y la responsabilidad por mando. En cuanto a esta última, mencionó que sus elementos estructurales eran los propios del artículo 28 del Estatuto de Roma e hizo alusión a los diferentes pronunciamientos del derecho internacional que explican sus características. Además, explicó por qué se diferenciaba esta forma de responsabilidad de las demás expuestas, indicando que la misma no requería la existencia de una posición de garante; no reclamaba la prestación de un aporte esencial por parte del superior en la ejecución del ilícito, pues solo bastaba que con su omisión hubiese facilitado o incrementado el riesgo de su ocurrencia y que el comportamiento del jerarca no necesariamente era doloso.

Dicho esto, aplicó directamente al ordenamiento colombiano esta figura del derecho internacional, en virtud de lo consagrado en el artículo 2º del Código Penal, y condenó bajo la calificación jurídica de responsabilidad por mando, advirtiendo que: i) el procesado ejercía como comandante militar de un bloque paramilitar; ii) se llevó a cabo por sus subordinados un crimen de guerra: acceso carnal violento en persona protegida; iii) ejercía sobre sus fuerzas mando y control efectivo y contaba con "...la capacidad material, real y efectiva de haber prevenido, reprimido o castigado los delitos", toda vez que, en él, recaían las facultades de ordenar operaciones, reubicar personal y sancionar; iv) no tomó medidas para prevenir, reprimir o sancionar los delitos; v) estaba al tanto de la ocurrencia de la comisión de conductas ilícitas por sus subordinados y pese a esto, no tomó las medidas para prevenirlas o reprimirlas, por lo que actuó con dolo eventual, pues teniendo conocimiento que desde tiempo atrás se estaban cometido delitos de esa naturaleza por los subordinados, no tomó las medidas para detener las conductas y dejó librada al azar la ocurrencia de los ilícitos; y vi) de haber obrado activamente en la toma de medidas razonables para prevenir

los delitos, hubiese podido evitar o disminuir el riesgo de su comisión.

-En sentencia del 23 de septiembre de 2019 (SP 3956 de 2019 radicado 46382), la Corte Suprema de Justicia, trajo a colación varios conceptos de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para juzgar los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia, el día 06 de noviembre de 1985, sin embargo, negó su aplicación al caso y optó por atribuir la figura de la coautoría impropia. Indicó que el general Jesús Armando Arias Cabrales, quien tuvo a su cargo la operación militar de retoma del Palacio de Justicia realizó aportes en la comisión de las conductas con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y actuó bajo un acuerdo común, pero no explicó por qué no se ajustaba al caso la teoría del dominio de la organización y aunque como se indicó anteriormente, sería problemático afirmar que en este contexto existió una estructura organizada para tales fines, hubiese sido pertinente que la Corte se ocupara de dilucidar el asunto, pues no se puede negar que en este evento, desde el Estado, se promovió la violación de derechos humanos.

- En pronunciamiento del 22 de julio de 2020 (SP 2544-2020, radicado 56591), la Corte Suprema de Justicia estudió el caso de un comandante del batallón de infantería motorizado número 43 y de los soldados integrantes de esa compañía, quienes participaron en la ejecución de 6 personas que fueron presentadas como muertas en combates. Esta decisión es importante porque explicó y diferenció las figuras de coautoría impropia y coautoría por cadena de mando, lo que permite delimitar los elementos de cada una de estas teorías y así determinar cuál se ajusta a cada caso.

Aclaró que la coautoría impropia era aplicable a aquellos eventos en los que participan varias personas, en donde cada una de estas, en cumplimiento de la labor delictual, realiza una parte del delito y contribuye a la comisión de la conducta punible. Por su parte, cuando hay participación plural de personas que se encuentran jerarquizadas, que pertenecen a una organización criminal, y participan conjuntamente en la comisión de conductas punibles, opera la “coautoría por cadena de mando”, la que también es atribuible a servidores públicos. En esta:

“...no hay contacto físico, verbal y conocimiento entre quien imparte la orden y el o los ejecutantes, debido a la transmisión del mandato secuencial y descendente a través de otros dependientes. Como enlaces articulados al conocer de manera inmediata a la persona antecedente de quien la recibieron y de forma subsiguiente a la que se la transmiten terminan convertidos en anillos de una cadena”.

Consideró que en el caso que examinó, no era aplicable la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder porque no se trataba de la hipótesis del “hombre de atrás”, quien sin conocer al que ejecuta el hecho, confía en que algún miembro de la organización la cumplirá por la fungibilidad del autor material, y por el contrario consideró que la teoría aplicable era la coautoría impropia, pues el oficial del batallón acordó con los soldados la ejecución de la orden sin ningún intermediario. Advirtió que la responsabilidad del alto oficial no devenía de su mando, sino de su participación directa en la planeación de la operación ilegal y que hubo un acuerdo criminal de “matar”, ideado y propiciado por el comandante del batallón con la patrulla encargada de la ejecución, en donde no todos ejecutaron la acción, pero si una parte de ella; además, hubo un aporte y contribución esencial al resultado típico, atendiendo al plan común existente de eliminar a las víctimas.

Aunque es problemático abordar la procedencia de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en estructuras legales como las fuerzas militares, por no ser consideradas desde el principio como actores de la ilegalidad y por el contrario, estar sujetas al ordenamiento jurídico y actuar según los fines legítimos del Estado, a partir de la misma concepción teórica de esta forma de autoría no parece razonable que pueda negarse tajantemente la posibilidad de su configuración en el contexto del conflicto armado colombiano donde existen numerosos crímenes como homicidios, desaparición de personas, ejecuciones ilegítimas del Estado, torturas, delitos sexuales y otros, efectuados por miembros de la fuerza pública y que pudieron resultar de acciones ordenadas dentro de una estructura organizada, donde los ejecutores actuaron por el dominio de la voluntad de los hombres de atrás. Resulta necesario que la Corte aborde este tema, en especial cuando se parte de que esta forma de autoría es propia de la criminalidad Estatal y de que este criterio, el de la desvinculación del derecho, ha sido discutido e incluso negado por algunos autores, como estructurante del dominio de la organización. Su pertinente estudio permitiría esclarecer estructuras de macrocriminalidad, dismantelar cadenas de mando a través del reconocimiento de poderes superiores que ordenaron la comisión de crímenes y revelar posibles políticas de Estado dirigidas a cometer delitos en contra de la sociedad civil, lo que garantizaría verdad y no repetición; lo contrario, desconoce que desde el Estado se puede facilitar la comisión de delitos, no sólo por la cantidad de herramientas que tiene a su servicio, sino también por estar compuesta por funcionarios que dan órdenes y subordinados dispuestos a cumplirlas, por lo que el mismo Estado presta el escenario propicio para configurar un grupo estructurado, desligado frente a ciertos

comportamientos del derecho vigente para cometer ciertos delitos, que obra en el marco de una institución estatal, pero actuando como un “Estado dentro del Estado”.

Con los anteriores pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, se ha pretendido mostrar las diferentes formas como la jurisprudencia colombiana ha resuelto el problema de la responsabilidad del superior, para lo que ha adoptado y se ha valido de diferentes conceptos teóricos pasando por la coautoría impropia que considera autor a quien, en compañía de otros, contribuye al acto delictivo; a la figura de la coautoría por cadena de mando, que hace énfasis en la necesidad de existencia de una estructura jerárquica a través de la cual se cometen delitos; a la autoría en comisión por omisión, por ostentarse una posición de garante y por tener un deber de evitación en la ocurrencia de actos dañinos; luego a la responsabilidad por mando, según lo reglado en el Estatuto de Roma, en donde para ser autor, no se requiere de un aporte esencial en la ejecución del ilícito y solo basta con que se verifique el incumplimiento de deberes de control sobre las tropas y que el acto de omisión incremente el riesgo de ocurrencia del hecho; a la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en donde existe un autor detrás del autor, quien domina la voluntad del ejecutor a través de una estructura y no participa en la ejecución del tipo penal; para finalmente hablar de la responsabilidad por mando, según lo dispuesto en la JEP y que establece que es autor quien como comandante de una organización omite su deber de evitar, prevenir y denunciar actos ilegales llevados a cabo por sus subordinados.

Todo lo anterior evidencia una extensión en la noción de autor que proviene de necesidades político criminales relacionadas con la lucha contra la impunidad, que resulta de las complejidades de las sociedades modernas y la obligación del derecho penal de ajustarse a las nuevas realidades en las que se comete el acto ilícito y quienes participan en él. Sin embargo, en este tema, la Corte ha sido vacilante, indeterminada y en ocasiones contradictoria, y no ha logrado concretar un único criterio para determinar la autoría en este contexto y sus decisiones parecen más bien obedecer a intereses políticos, por su afán de castigar a los responsables de tantas masacres ocasionadas en razón del conflicto armado. Lo anterior, resulta en un problema, no sólo por la inseguridad jurídica que representa, sino también por su tendencia a extender los conceptos para que más personas puedan ajustarse a la calificación jurídica yendo en contravía de lo que en principio puede establecer la ley y sin que encuentren un respaldo legal, además, adopta por sí misma conceptos teóricos imprecisos que trata de perfeccionar en cada nueva decisión que se refiere al tema, pero que en últimas son

vagos, sujetos a amplias interpretaciones y no otorga las suficientes herramientas para su aplicación.

6. La responsabilidad por mando en la Justicia Especial para la Paz

Ahora se comparará lo desarrollado por la jurisprudencia con lo introducido en el Nuevo Acuerdo para la Paz en Colombia respecto a la Responsabilidad del Superior por cadena de mando.

En el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, a través del cual se creó un título de disposiciones transitorias que se incluyeron en la Constitución Política de Colombia y que tienen como finalidad la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, se realizó una normativización de la figura de la responsabilidad del superior por mando. En esa disposición, se recogió lo ya previsto en el numeral 44 del punto 5.1.2 del Acuerdo Final para la paz y fue citado y sin sufrir ninguna modificación en el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Al respecto, el Acto Legislativo 01 de 2017, establece:

“Artículo transitorio 24°. Responsabilidad del mando. 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 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. ”

Mediante sentencia SP 5333 de 2018, se aplicó directamente la responsabilidad por mando según el artículo 28 del Estatuto de Roma a un caso propio del conflicto armado que se tramitó bajo la jurisdicción de Justicia y Paz, indicándose que esta normatividad hace parte integrante del derecho nacional por vía del artículo 2 del Código Penal; no obstante, el Acuerdo Final de la Justicia Especial para la Paz, plantea un criterio de aplicación de la figura de la responsabilidad por mando propio, que según lo entendido por la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2017, solo se diferencia con lo establecido en el derecho internacional en el alcance dado a algunos criterios de valoración, mas no frente a la estructura de sus elementos y el contenido material de estos.

Así pues, el artículo 24 transitorio de dicho Acuerdo, establece que la determinación de la responsabilidad por mando se hará con aplicación, en primer lugar, del Código Penal. Lo anterior, debe entenderse según lo interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia C-674 de 2017, que estableció que la aplicación de esta normatividad se hace a través de las categorías tradicionales del derecho penal y las herramientas internas de nuestra legislación y jurisprudencia; para esto entonces, según lo desarrollado por la jurisprudencia colombiana, en especial, la sentencia SU-1184 de 2001, se debería entender que la responsabilidad por mando opera como una forma de omisión impropia, y por tanto, su aplicación en el derecho interno va de la mano con el artículo 25 del Código Penal; sin embargo, siguiendo su estructura conforme al derecho internacional, existen inconvenientes para dar aplicación a todas las aristas que contienen la responsabilidad por mando

a través de la omisión impropia, pues resultaría insuficiente en algunos casos y frente al incumplimiento de ciertos deberes.

Lo anterior, puede ser contradictorio con lo desarrollado frente a la doctrina de la Responsabilidad de Mando por algunos autores como Kai Ambos, quien ha entendido que la misma opera como una forma de omisión propia, donde se castiga al superior por la ausencia de supervisión y control de los subordinados, esto es, por el incumplimiento de sus propios deberes y no por los crímenes en que estos incurren.

Sin embargo, otros autores como Cote Barco, han analizado la naturaleza jurídica de la figura de la responsabilidad por mando, diferenciando el deber que se incumpla por parte del superior, entendiendo por ejemplo que frente a los deberes de reprimir y denunciar se está frente a una omisión propia, pero frente al deber de prevenir, se ajusta la figura de la omisión impropia.

Lo apropiado será entonces, estudiar la responsabilidad por mando instaurada en la JEP, acogiendo lo expuesto por este último autor, teniendo en cuenta las herramientas propias de nuestro ordenamiento y la jurisprudencia desarrollada en el tema. Para esto, ha de indicarse en primer lugar que la normatividad que regula la responsabilidad por mando trae a colación los deberes que tiene el superior y frente a los cuales se debe garantizar su cumplimiento cuando establece: "...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.”.

En cuanto al deber de **prevenir** que se cometa la conducta punible, la sentencia SU 1184 de 2001 explicó que tener bajo subordinación personas es una fuente de peligro para los bienes jurídicos, por lo que el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales para evitar que las personas que están bajo su control vulneren derechos fundamentales; si no evita que se cometa el delito, se le imputa el resultado por ser garante. Lo anterior se acopla a lo referido por el legislador en el artículo 25 del Código Penal cuando establece que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado contenido en una descripción típica y no lo lleve a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. Según lo enunciado, el superior ostenta una posición de garante y por tanto, tiene el deber de prevenir o evitar la comisión de conductas punibles por parte de sus subordinados y en caso de que las mismas

sean llevadas a cabo, debe responder por dichos resultados, imputación que se hace aplicando el artículo 25 del Código Penal.

Igual comentario no podría realizarse en cuanto a los deberes de denuncia, los cuales operan como unas omisiones propias, de allí que sólo frente al incumplimiento del deber de prevenir se podría estar frente a una hipótesis de autoría a través de la responsabilidad por mando. Esto, atendiendo no sólo a las herramientas otorgada por nuestra legislación en el artículo 25 del Código Penal y lo establecido en la sentencia SU-1184 de 2001, respecto a la competencia institucional; sino también, en virtud de las diferencias estructurales que existen entre la omisión propia e impropia.

Penalizar el incumplimiento de un deber de denuncia, busca castigar la no realización de una conducta esperada del superior, para el caso, el no desplegar las acciones correspondientes para que se realicen las investigaciones o se sancione a los responsables de un ilícito; aquí el superior no tiene una obligación de indemnidad de los bienes jurídicos que se hubiesen lesionado por sus subordinados, su omisión, que se concreta en su falta de denuncia de los hechos, no fue la que produjo el resultado dañino, sino que este se dio a partir del actuar ilegal de sus subordinados, por lo que su conducta es un acto posterior a la consumación del delito y en este sentido resulta menos desvalorada que la llevada a cabo por sus tropas. En este sentido, la responsabilidad por mando resulta insatisfactoria para castigar el incumplimiento de deberes de denuncia y no debería igualarse este comportamiento con el de ejecutar el crimen, ni castigarse a los responsables de esta clase de omisiones como autores de los delitos ejecutados por sus subordinados a través de la responsabilidad por mando.

Por lo anterior, frente al incumplimiento de **promover** las investigaciones procedentes, se podrá responder por un delito de omisión propia en el que se castigue específicamente esa omisión; por ejemplo a través del delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, según lo dispuesto en el artículo 417 del Código Penal (Cote Barco, 2019). Lo mismo habrá de decirse en cuanto al incumplimiento del deber de **reprimir** que se sigan cometiendo conductas punibles, en la que no se castiga al superior por la ocurrencia de unos crímenes sino por su propia omisión, lo que se ajusta al tipo penal de prevaricato por omisión. (Cote Barco, 2016).

Por otro lado, castigar con la misma pena tanto un comportamiento doloso como uno culposo, lleva al error de equiparar valorativamente el dolo y la culpa, desconociendo que es diferente el grado de lesividad entre ambas conductas, por lo que requieren una diferenciación en el reproche que se

hace para cada una de ellas. En este caso, solo frente al incumplimiento doloso de los deberes de control del superior se estaría ante una autoría por medio de la responsabilidad por mando.

Además, es de resaltar que la imputación de responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de los deberes del superior, en este caso, frente al deber de prevenir, solo sería procedente si el legislador ha previsto esta modalidad para el hecho punible y delitos de lesa humanidad como aquellos competencia de la JEP, no pueden cometerse de manera culposa, lo que llevaría a una atipicidad de la conducta del superior y en el peor de los casos a una excesiva extensión de la responsabilidad al castigar meras negligencias como comportamientos dolosos para poder así ajustarlos a la responsabilidad por mando.

Dicho esto, se pasará a estudiar los elementos que trae la responsabilidad de mando regulada en la JEP.

Elementos

En primer lugar, se establece que *“La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”*. Lo anterior, en lo atinente al deber de prevenir, es coherente con lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal, y lo desarrollado por la jurisprudencia frente a la posición de garante, la cual por sí sola, no fundamenta la responsabilidad. De igual modo, con lo desarrollado por la Corte Penal Internacional frente al artículo 28 del Estatuto de Roma (Cote, 2019)

En segundo lugar, se exige que *“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**”*.

Pese a lo desarrollado por la doctrina en relación con el control que debe hacer el superior sobre los subordinados y no sobre la conducta criminal por ellos efectuada, la JEP introduce este elemento que parece entender que en la responsabilidad por mando se exige al superior tener un dominio del hecho, algo similar a lo exigido en la comisión por omisión.

Este elemento puede llevar a interpretaciones incorrectas cuando se relaciona el *“control...de la respectiva conducta”*, con el dominio del hecho, pues lleva a entender que el superior militar debe contribuir en la realización de la conducta, teniendo la posibilidad de decidir sobre esta, lo que desnaturaría la responsabilidad por el mando, esto sin embargo, puede ser resultado de un error

de “técnica legislativa”, tanto así, que en el punto 50 del Acuerdo, se definió el control efectivo de la conducta como “la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional” (Cote, 2019).

Se debe resaltar que en la sentencia SP 5333 de 2018, se entendió el término de control efectivo en el sentido de que el comandante tenga la capacidad material de prevenir o reprimir la conducta o de castigar a los responsables y se aclaró que cualquier grado de control inferior al efectivo, como la “facultad o potestad de ejercer influencia sustancial sobre el comportamiento de las tropas”, hacía imposible responsabilizar al comandante por los delitos llevados a cabo por estas. Esto es, se entiende que dicho control es respecto a los subordinados. Y como circunstancias indicativas del control efectivo sobre las tropas se señalaron:

“...la ostentación de un título formal de jerarquía sobre ellas, la existencia de órdenes previas impartidas (siempre que se acredite su acatamiento) y la facultad de modificar las estructuras de la organización, remover o promover a sus integrantes y disponer la iniciación o culminación de operaciones”.

Bien sea que se entienda el término control efectivo del superior frente a los subordinados o frente a las conductas que ellos realizan, esta exigencia, y en especial entendida de la segunda forma, esto es, tal y como está consignado en la norma, coincide con lo exigido en el artículo 25 del Código Penal, el cual demanda la existencia de una posición de garante, pero también la capacidad real y material de prevenir la conducta, lo que se puede entender como control efectivo sobre el hecho punible; además de que, al ostentarse la posición de garante, se exige sobre la persona un deber de protección e indemnidad del bien jurídico.

Lo anterior no tiene inconvenientes en cuanto al incumplimiento del superior de prevenir la ejecución de los crímenes, pero sí frente a los deberes de reprimir y denunciar, los cuales operan como delitos de omisión propia en nuestro ordenamiento y frente a los cuales, para su ejecución se exigiría, haciendo una lectura literal de la norma, un requisito adicional al contenido en la disposición, esto es, tener control sobre la conducta punible. Lo anterior, sin lugar a dudas, choca con la estructura del delito de omisión propia, y la imposibilidad de utilizar la responsabilidad por mando en esta clase de delitos.

Debe tenerse en cuenta, además, que en el artículo 24 transitorio del Acuerdo Final, se especificó qué debía entenderse por “control efectivo” y relacionó cuatro condiciones concurrentes que deben demostrarse para establecer si existe o no ese control efectivo por parte del superior.

El primero de estos requisitos es “*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*”. Tiene sentido que para determinar que se tiene un control de unas personas y de una zona específica de operación, esa verificación se haga a partir de la comprobación de unos requisitos formales que determinen que legalmente se tiene mando en un momento y lugar determinados y frente a ciertas personas que están bajo subordinación, pues la responsabilidad penal surge por ese mando sobre las tropas y es difícil afirmar que el mismo existe cuando no se tiene legalmente asignada un área o cuando las actividades criminales que se llevaron a cabo por las tropas no tienen ninguna relación con las conductas que se controlan por el superior. Esto es importante porque permite limitar esta forma de responsabilidad, sin que se extienda y lleve a cubrir conductas frente a las cuales el superior no podía tener un control.

El segundo requisito es “*Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir*”. Este requisito para determinar el control del superior también permite restringir la responsabilidad por mando, lo que se considera plausible, pese a que sea contrario a lo esbozado en el derecho internacional, que establece que para determinar el control efectivo se hace alusión solamente a la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de crímenes o de enviar la cuestión a las autoridades competentes.

En el caso Bemba, se enumeraron una serie de elementos que permiten deducir que se ostenta el control efectivo a partir de la capacidad de mando del superior, dichos requisitos no son concurrentes por lo que no deben ser probados cada uno de ellos y operan como indicios donde algunos de ellos hacen relación a una capacidad formal mientras que otros hacen alusión a la capacidad material, pero en todo caso se indicó que estos no operaban de forma abstracta y general, sino que debían analizarse en cada caso, lo que tiene mucha relevancia pues impone analizar las condiciones y posibilidades que tenía el superior en el momento de efectivamente cumplir con sus deberes y obligaciones y no sustentar la decisión a partir de especulaciones hipotéticas y abstractas de lo que debió hacerse (Olásolo, 2018).

El tercer requisito es “*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*”. Aquí el término “capacidad efectiva” parece referirse a la capacidad legal del superior, esto es, que el mismo ostenta su posición de jefe militar de *iure*, y no se hace relación a que se puede ser superior de *facto*, por lo que se estaría negando que concurra este último, pese a que varias sentencias atrás relacionadas afirmaron la posibilidad de ostentar la calidad de superior de *facto*.

Por último, se exige “*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*”. Se dice que el conocimiento de la comisión del delito debe ser actual, esto es, un conocimiento real y no presunto y desecha cualquier clase de negligencia, lo que también contradice lo desarrollado en el derecho internacional donde no se niega el control del superior por el hecho de no tener un conocimiento real de los actos de sus subordinados, pues frente a este también se predica la existencia de un conocimiento inferido.

Estos requisitos para determinar el control efectivo no traen mayores inconvenientes analizados de forma independiente, pero contrastado con lo indicado en el derecho internacional, la JEP exige la verificación de todos estos de manera concurrente, lo que no es una condición necesaria en la reglamentación internacional.

En tercer lugar, se exige un “*conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta.*”

La disposición no dice nada en cuanto a cuál es el grado de conocimiento exigido al superior, pero en todo caso, atendiendo a que la modalidad culposa es incompatible con la estructura de los delitos de lesa humanidad propios de la JEP, y al error valorativo que lleva el equiparar un comportamiento doloso con uno culposo, dejando de lado la diferencia en el grado de injusto entre ambos, debe entenderse que sólo un comportamiento ciertamente doloso puede constituir un acto de autoría.

Ahora, respecto a aquellos casos en los que el superior no se entera o no sabe de la comisión de delitos por sus subordinados porque no quiere saber, resultaría necesario evaluar el grado de

indiferencia del sujeto frente al riesgo que se le presenta para establecer si esta es tan grave que la ausencia de conocimiento, valorativamente, merece ser equiparada al dolo.

No necesariamente por negligencia es que un superior deja de conocer la información que bien podía estar a su disposición, y por el contrario, esta ausencia de información puede ser deliberada. En estos casos podría ser posible dar aplicación al dolo eventual, en la medida en que el superior fuese consciente de la probabilidad de que los subordinados cometieran crímenes, dejando su eventual perpetración librada al azar (Cote, 2019).

Pero además, también podría dar lugar a lo que se ha denominado dolo por ignorancia deliberada, en donde el sujeto renuncia voluntariamente a obtener el conocimiento acerca de la ejecución del ilícito, y para darse su aplicación, como se indicó anteriormente, habría que evaluar en cada caso si existió una sospecha previa de la comisión de conductas punibles, una persistencia en la decisión de permanecer en la ignorancia respecto a determinada información y si con el estado de ignorancia se buscaba algún beneficio o eludir responsabilidades.

En cuarto lugar, se exige al superior tener “*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*”. Este requisito hace alusión a lo expuesto en el derecho internacional respecto a la exigencia al superior de tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir, reprimir o denunciar las respectivas conductas y no contradice lo desarrollado por el derecho internacional en este aspecto.

Siguiendo lo desarrollado por el derecho internacional, en el caso Bemba se estableció que “las medidas necesarias y razonables”, que exige el Estatuto de Roma en el artículo 28, debían analizarse en el caso en concreto, según las posibilidades materiales del comandante y no atendiendo a medidas generales e hipotéticas de lo que se debió hacer. Sin embargo, según lo establecido en la Justicia Especial para la Paz, estas medidas a tomar deberán analizarse en relación con el control efectivo del superior, atendiendo a los requisitos exigidos anteriormente para que este se configure, como lo es la capacidad legal del superior para emitir órdenes o el conocimiento actual o actualizable de los ilícitos. Esto termina limitando la posibilidad de aplicación de esta forma de responsabilidad en contraste con lo desarrollado en el derecho internacional.

Por último, es procedente realizar un juicio sobre si estructuras como la responsabilidad por mando serían aplicables en un contexto como el de la justicia ordinaria, y al respecto se debe indicar que esta figura contiene amplios criterios de autoría y expande excesivamente la responsabilidad penal al fundamentarse en un concepto de infracción del deber; además, trata la no denuncia como un acto de autoría, dejando de lado que, el no denunciar a los posibles responsables de un ilícito, es un comportamiento menos desvalorado que el delito consumado llevado a cabo por las tropas. Por lo anterior, su aplicación sólo es recomendable en procesos de transición, en los cuales, con el propósito de alcanzar intereses superiores como la paz, se pueden realizar unas concesiones especiales, que no son admisibles en un contexto como el de la justicia ordinaria, por ir en contravía de los principios del derecho penal allí predicables.

7. Conclusiones

1. En Colombia se ha atribuido responsabilidad penal a los superiores por los actos llevados a cabo por sus subordinados, a través de la aplicación de diferentes teorías que permiten estructurar dicha responsabilidad como una propia de autoría, y para los diferentes casos, se ha aplicado la figura de la posición de garante y la comisión por omisión, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y recientemente la responsabilidad por mando. Estas teorías, acompañadas de los diferentes criterios de autoría que las fundamentan como el dominio del hecho, el dominio de la voluntad o la infracción de un deber, muestran una ampliación del concepto de autor que resulta cuestionable en un escenario de criminalidad ordinaria, en especial al abordar el problema de los delitos de infracción de deber, los cuales expanden excesivamente la responsabilidad y alejan por completo al autor del dominio del hecho, castigando al sujeto por ostentar un rol o un estatus, sin que necesariamente haya exteriorizado actos lesivos, y sólo porque se ha infringido un deber, el cual ni siquiera proviene del derecho penal, sino que encuentra su sustento en otras ramas. Esto necesariamente viola el principio de lesividad y el derecho penal del acto, y lleva el juicio de responsabilidad a un ámbito netamente subjetivo.

Sin embargo, lo anterior ofrece matices cuando es abordado desde una óptica diferente a la que ofrece la justicia ordinaria y se da su aplicación en el contexto de la justicia transicional. Así, en un marco del conflicto armado y de violación masiva de derechos humanos, en donde la necesidad de pena e impartición de castigo tiene otra faceta de valoración a luz del reconocimiento de verdad,

y se da aplicación de un sistema sancionatorio ostensiblemente diferente caracterizado por considerables rebajas de pena, se encuentra una justificación para la aplicación de criterios de responsabilidad más amplios. En este contexto, el sentido de la intervención jurídica tiene un significado diferente a los razonamientos utilizados en la jurisdicción ordinaria, y en aras de la búsqueda de la verdad, de esclarecimiento del rol que ha tenido la fuerza pública en el conflicto armado y la responsabilidad de los superiores frente a los crímenes cometidos por las personas bajo su mando y control, tiene sentido que se apliquen otros criterios de autoría más amplios como la introducida en Colombia a través de la Jurisdicción Especial para la Paz: la responsabilidad por mando.

2. La Responsabilidad por Mando normativizada en la JEP, adecúa los estándares de justicia frente a la responsabilidad de los superiores en contextos de macrocriminalidad a lo reglamentado al respecto por el derecho internacional; sin embargo, tal y como está constituida esta institución en nuestro ordenamiento, significa una desnaturalización de lo señalado al respecto por la doctrina y jurisprudencia internacional, pues la forma como está configurada en la JEP es materialmente diferente a lo reglamentado en el Estatuto de Roma, especialmente en lo atinente al control efectivo exigido al superior respecto a la conducta desplegada por sus subordinados.

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento cuenta con diversas herramientas que permiten atribuir responsabilidad penal a los superiores por los actos de sus subordinados, ya sea por acción o por omisión, y se ha hecho uso de estas figuras en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que han abordado este tema, por medio de la coautoría impropia, la autoría por cadena de mando o la responsabilidad penal en comisión por omisión por ostentar una posición de garante, incluso, se hizo mención de un caso donde se aplicó directamente la responsabilidad por mando instaurada en el artículo 28 del Estatuto de Roma; así mismo, existen una serie de delitos autónomos que permiten castigar el actuar omisivo del superior y la falta de control sobre sus tropas. Esto para significar que no necesariamente se genere impunidad con lo reglamentado en la JEP, pero si se hace necesario aclarar -por parte de aquellos encargados de su aplicación jurídica- varios aspectos que generan duda por la forma como está redactada en la normatividad; lo anterior, en especial, en lo atinente al grado de conocimiento exigido al superior respecto a los crímenes llevados a cabo por el subordinado, la exigencia de la comprobación de unos requisitos concurrentes para predicar

el control efectivo del superior y la aplicación o no del artículo 25 del Código Penal y la omisión impropia por el incumplimiento de los deberes de actuación del superior.

3. La Responsabilidad por Mando que reglamenta la JEP, es una forma de autoría y no fundamenta por sí sola la imputación al superior de los actos llevados a cabo por sus subordinados. Además, solo resulta aplicable con la consecuencia jurídica de que el superior se condene por el delito llevado a cabo por el subordinado frente al incumplimiento de prevenir la ejecución de crímenes, lo que se hace a través de la aplicación del artículo 25 del Código Penal, pues frente a los deberes de denunciar y reprimir se debe castigar a través de tipos penales específicos de omisión propia que penalizan los comportamientos en los que efectivamente incurrieron los superiores.

Lo anterior, en virtud de las diferencias estructurales que existen entre la omisión propia e impropia, pues el penalizar el incumplimiento de un deber de denuncia, busca castigar la no realización de una conducta esperada del superior, esto es, el no desplegar las acciones correspondientes para que se realicen las investigaciones o se sancione a los responsables de un ilícito, aquí el superior no tiene una obligación de indemnidad de los bienes jurídicos que se hubiesen lesionado por sus subordinados y su omisión, que se concreta en su falta de denuncia de los hechos, no fue la que produjo el resultado dañino, sino que este se dio a partir del actuar ilegal de sus subordinados, por lo que su conducta es un acto posterior a la consumación del delito y en este sentido resulta menos desvalorada que el comportamiento lesivo llevado a cabo por sus tropas. En este sentido, la responsabilidad por mando resulta insatisfactoria para castigar el incumplimiento de deberes de denuncia y no debería igualarse este comportamiento con el de ejecutar el crimen, ni castigarse a los responsables de esta clase de omisiones como autores de los delitos ejecutados por sus subordinados a través de la responsabilidad por mando.

Esto último esbozado, imposibilita la aplicación de esta figura en un esquema de responsabilidad penal diferente a un proceso de justicia transicional, por ampliar excesivamente la responsabilidad penal e ir en contra vía de todos los postulados liberales del derecho penal.

4. La Responsabilidad por mando instaurada en la JEP, no especifica cuál debe ser el grado de conocimiento exigido al superior, respecto a las conductas llevadas a cabo por sus subordinados, pero en todo caso, atendiendo a que la modalidad culposa es incompatible con la estructura de los delitos de lesa humanidad propios de la JEP, debe entenderse que sólo un comportamiento doloso

puede constituir un acto de autoría. Además, castigar con la misma pena tanto un comportamiento doloso como uno culposo, lleva al error de equiparar valorativamente el dolo y la culpa, desconociendo que es diferente el grado de lesividad entre ambas conductas, por lo que se requiere una diferenciación en el reproche que se hace para cada una de ellas.

Ahora, respecto a aquellos casos en los que el superior no se entera de la comisión de delitos por sus subordinados o no sabe porque no quiere saber, resultaría necesario evaluar el grado de indiferencia del sujeto frente a los delitos llevados a cabo para establecer si esta es tan grave que la ausencia de conocimiento, valorativamente, merece ser equiparada al dolo, pues en ciertos eventos, se opta por no saber con la finalidad de evadir posibles responsabilidades, por lo que el desconocimiento resulta de una decisión consciente y deliberada.

En estos casos, sería posible dar aplicación del dolo eventual, cuando el superior conoce de la posibilidad de comisión de conductas punibles por sus subordinados y deja el resultado al azar. Pero también del dolo por ignorancia deliberada, en donde el sujeto renuncia voluntariamente a obtener el conocimiento acerca de la ejecución del ilícito.

5. En la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, el criterio de la desvinculación del derecho, y la ilegalidad o no de los aparatos de poder, ha sido cuestionado por no resultar en últimas en un precepto que permite determinar el dominio que se tiene o no sobre la organización, en tanto, el ajuste al derecho de una estructura no impide el dominio del hecho por los hombres de atrás, y por el contrario, la facilita, siendo más completo y total, pues mientras que el ejecutor subordinado cuando actúa en una estructura ilegal cuenta con una referencia en el ordenamiento jurídico que le indica que sus actos no están bien, cuando dicha orden se da en un aparato estatal ajustado a derecho, queda sin ninguna referencia del ordenamiento jurídico, pues el Estado mismo es quien le ordena la comisión de delitos bajo un precepto emitido legalmente.

Sumado a esto, cualquier comportamiento con trascendencia penal, con independencia de que transgreda o no la legislación existente y este amparado en un aparato de poder, es una actuación excluida del derecho, por lo menos entendido el derecho de forma suprapositiva, de allí que este criterio resulta inútil, pues no permite diferenciar cuando hay o no dominio sobre la organización.

Lo anterior, de ser acogido en nuestro ordenamiento, aclararía el panorama respecto a la atribución de responsabilidad penal de miembros de la fuerza pública bajo la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, pero además, permitiría esclarecer estructuras de macrocriminalidad, dismantelar cadenas de mando a través del reconocimiento de poderes superiores que ordenaron la comisión de crímenes y revelar posibles políticas de Estado dirigidas a cometer delitos en contra de la sociedad civil, lo que garantizaría verdad y no repetición.

6. Con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional referenciados, se mostraron las diferentes formas como la jurisprudencia colombiana ha resuelto el problema de la responsabilidad del superior, para lo que ha adoptado y se ha valido de diferentes conceptos teóricos como la coautoría impropia, la figura de la coautoría por cadena de mando, la autoría en comisión por omisión, la responsabilidad por mando según lo regulado en el Estatuto de Roma, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, y finalmente la responsabilidad por mando, según lo dispuesto en la JEP.

Todo lo anterior evidencia una extensión en la noción de autoría que proviene de necesidades políticas criminales y deja ver que tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, han sido vacilantes, indeterminadas y en ocasiones contradictorias, y no han logrado en últimas, concretar un único criterio para determinar quién es autor en estos contextos. Lo anterior, resulta en un problema, no sólo por la inseguridad jurídica que representa, sino también por su tendencia a crear y extender conceptos para que más personas puedan ajustarse a la calificación jurídica yendo en contravía de lo que en principio puede establecer la ley y sin que sus definiciones encuentren un respaldo legal, además, adopta por sí misma conceptos teóricos imprecisos que trata de perfeccionar en cada nueva decisión que se refiere al tema, pero que en últimas son vagos, sujetos a amplias interpretaciones y no otorga las suficientes herramientas para su aplicación.

7. La autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder y la Responsabilidad por Mando, tienen varias semejanzas y diferencias. Al respecto se destacan:

- En ambas formas de responsabilidad se está ante actuaciones realizadas en organizaciones o estructuras jerarquizadas, con unos subordinados que ejecutan y cumplen órdenes, y superiores ubicados en la cúpula que se encargan de controlar el actuar de toda la estructura.

- En ambas se responsabiliza penalmente a personas que materialmente no llevaron a cabo los delitos, pero que tenían un control sobre quienes los ejecutaron.

- Ambas formas de responsabilidad operan en marcos de criminalidad estatal organizada y son aplicables en materia de justicia transicional. La Responsabilidad por Mando es desarrollada y reglamentada por la Justicia Especial para la Paz y la Autoría mediata a través de aparatos organizados ha sido reconocida jurisprudencialmente y aplicada en el marco de justicia transicional de Justicia y Paz.

- En ambas, puede no existir contacto físico, verbal y conocimiento entre quien imparte la orden y los ejecutantes debido a la transmisión del mandato secuencial y descendente a través de otros dependientes.

- En ambas no hay participación del superior en los actos ejecutivos del acto criminal.

- En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el autor detrás del autor inmediato, es decir, el superior que ordena, pero no ejecuta, realiza un delito de acción, de allí que se diferencie ostensiblemente de la responsabilidad de mando que está caracterizada por ser una forma de responsabilidad por omisión.

- La teoría del dominio de la voluntad permite entender cómo se fundamenta la autoría del superior que ordena a sus subordinados la comisión de delitos, a quienes domina a través de un aparato organizado de poder, lo que se ha denominado autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder. En esta, los ejecutores son piezas anónimas y fungibles que realizan directamente la acción punible sin si quiera conocer a los jefes que ordenan el crimen, y el superior, que actúa como un autor mediato, no ejecuta el comportamiento ni se implica con el momento ejecutivo del acto, actúa desde atrás, y al controlar el aparato controla la voluntad de los ejecutores y tiene un dominio del hecho.

Por su parte, en la responsabilidad por mando, se responsabiliza al superior por el incumplimiento de sus deberes de prevenir, reprimir o denunciar los actos dañinos llevados a cabo por sus

subordinados. En esta, el superior no tiene un dominio del hecho, pues este no actúa directamente en la comisión del delito, sino que omite sus deberes especiales, los cuales ostenta por su rol o status y su pertenencia a una institución que lo obliga a proteger a otros de actos dañinos. Esta figura se adecua a lo que se ha denominado como delitos de infracción de deber.

8. Así mismo, la posición de garante y la responsabilidad por mando, tienen características que coinciden, pero también importantes diferencias:

- La Responsabilidad por Mando si bien puede ser entendida como una forma de omisión propia frente a algunos de los deberes de incumplimiento del superior (reprimir y denunciar) en los que no se exige la ocurrencia de un resultado, también opera como una forma de omisión impropia con la necesidad de producción de un resultado, en cuanto al deber de prevenir la comisión de delitos. En este último caso se exige la configuración de la posición de garante frente al superior.

Esto tiene relevancia no sólo teórica para establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad por mando, sino también al momento de entender la forma cómo es implementada en nuestro ordenamiento jurídico, de allí que cuando hablamos de responsabilidad por mando en Colombia, según lo desarrollado jurisprudencialmente, en cuanto al deber de prevenir la comisión de delitos, esta necesariamente conlleva la estructuración de la posición de garante. Sin embargo, esta última no aplica de forma necesaria frente a los deberes de denuncia, los cuales operan como omisiones propias, lo que en Colombia es de imposible aplicación a través del artículo 25 del Código Penal.

Lo anterior no ocurre de igual forma en el derecho internacional, donde no es necesario que el superior tenga una posición de garante (aunque pueda ostentarse) para determinar la responsabilidad por mando, pues en todo caso, la responsabilidad no se predica por su deber de evitación de resultados o protección de unos bienes jurídicos. Y el artículo 28 del Estatuto de Roma permite la atribución de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes de prevenir, reprimir y denunciar, sin distinción alguna y responsabiliza al superior por los hechos cometidos como si el mismo los hubiese llevado a cabo.

- En el derecho internacional, para que se estructure la responsabilidad por mando, el superior no tiene que realizar un aporte esencial a la ejecución del delito, aunque si se exige que exista un nexo causal entre su omisión y la conducta efectuada por los subordinados. Solo se requiere que con su no hacer haya incrementado el riesgo de ocurrencia del ilícito. Contrario a esto, en Colombia, con la aplicación de la posición de garante y la comisión por omisión respecto al deber de prevenir la ejecución de delitos, los crímenes cometidos tendrán que ser el resultado de la conducta que se omitió por parte del superior.

8. Bibliografía

Revistas

1. Ambos, Kai. (2005). “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kaemann”, en *Derecho penal y criminología*, v.26, n.77, España.
2. Ambos, Kai. (2005). “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Derecho penal contemporáneo*, v.00, n.19, Colombia.
3. Ambos, Kai. (2011). “El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado”, en *Derecho penal y criminología*, v.3, n.5, España.
4. Ambos, Kai. (1999). “La Responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Internacional”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t.52, España.
5. Aráuz Ulloa, Manuel. (2000). “La omisión, comisión por omisión y posición de garante”, en *Encuentro*, año XXXII n. 54.
6. Cortés Rodas, Francisco. (2013). “El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, n. 29.
7. Cote Barco, Gustavo Emilio. (2016). “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?”, en *28 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
8. Cote Barco, Gustavo Emilio. (2019). “La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, v.15, n.92.
9. Díaz y García-Conlledo, Miguel. (2004). “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado*, v.25, n.76.
10. Díaz y García-Conlledo, Miguel. (2008). “Autoría y participación”, en *Revista de la Justicia*, n.10, 2008.
11. Gómez, José Manuel. (1984). “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 37.

12. Gracia Martín, Luis. (1999). “*La comisión por omisión en el derecho penal español*”, en *Nuevo Foro Penal*, Universidad Eafit, n.61.
13. Hernández Jiménez, Norberto. (2017). “*El nuevo acuerdo final para la paz a través del lente del derecho penal*”, en *Nuevo Foro Penal*, n.88. Universidad Eafit.
14. Luzón Peña, Diego Manuel. (2017). “*Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo y de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación*”, en *Libertas. Revista de la fundación internacional de ciencias penales*, n.6.
15. Meini, Iván. (2005). “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad estatal organizada*”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 68, Medellín, Universidad Eafit.
16. Olásolo, Héctor; Canosa, Jannluck. (2018). “*La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*”, en *Polít. Crim*, v. 13, n 25.
17. Palacio Sánchez Izquierdo, José Ricardo. (1999), “*Del juicio de Nueremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, en *Estudios de Deusto*, v. 47, n. 1.
18. Portilla Contreras, Guillermo. (2017). “*Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia*”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol 13, n. 88.
19. Roxin, Claus. (2006). “*El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 7.
20. Rodríguez Vásquez, Virgilio. (2017). “*Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión. Un análisis a través de casos*”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, v 13, n. 89.

Libros

1. Ambos, Kai, (1998), “*Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
2. Ambos, Kai, (2004), “*La parte general de derecho internacional*”, Temis, Berlín.
3. Arias Holguín, Diana Patricia et al (2015), “*¿Reformar o abolir el sistema penal?* Bogotá. Siglo del Hombre Editores.
4. Díaz y García-Conlledo, Miguel. (1991). “*La autoría en el Derecho Penal*”. PPU, Barcelona.
5. Günther, Jakobs. (1996). “*Imputación objetiva en el derecho penal*”. Editorial Ad hoc, Buenos Aires.
6. Günther, Jakobs, (1994). “*La competencia por organización en el delito omisivo*”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
7. Günther, Jakobs, (1996). “*La imputación penal de la acción y de la omisión*”. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
8. Günther, Jakobs. (2004). “*Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

9. Günther, Jakobs. (2016). “Sobre el estado de la teoría del delito. La omisión: estado de la discusión”. Editorial Civitas.
10. Jiménez Martínez, Custodia. (2017). “Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder”. Editorial Dykinson, Madrid.
11. López, Rusconi, Kierszenbaum, (2011). “Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad”, Ad hoc, Buenos Aires.
12. Meini, Roxin, Jakobs, García Caveró, Caro y otros (2010), “La autoría mediata. El caso Fujimori”, Ara Editores, Perú.
13. Mir Puig, Santiago. (1994). “El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho”. Ariel, Barcelona.
14. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2002). “Delito de infracción de deber y participación delictiva”. Marcial Pons, Madrid.
15. Silva Sánchez, Jesús María. (1986). “El Delito de omisión. Concepto y sistema”. Barcelona.
16. Ragués i Valles, Ramón, (2007). “Ignorancia deliberada en derecho penal”, Atelier, Barcelona.
17. Weigend, Burkhardt, Werle, Vogel, Marxen. (2018). “Autores, partícipes en la justicia transicional”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
18. Roxin, Claus. (1998). “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona.
19. Urbano Martínez, J. J., Barbosa Castillo, G., Ruíz, C. E., Castro Ospina, S. J., Barreto Ardila, H., Suárez Sánchez, A., y otros. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia..

Jurisprudencia

Corte Constitucional

1. Corte Constitucional. SU 1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
2. Corte Constitucional, C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
3. Corte Constitucional, C-771 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
4. Corte Constitucional C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
5. Corte Constitucional C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Suprema de Justicia

1. CSJ. Auto Penal radicado 38250 del 26 de septiembre de 2012. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
2. CSJ. AP 5553 de 2015, radicado 34788.
3. CSJ. sentencia con radicado 30442 del 3 de octubre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.
4. CSJ. Sentencia del 07 de marzo de 2007, radicado 23825. M.P. Javier Zapata Ortiz.
5. CSJ. Sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 24448. M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán.
6. CSJ Sentencia radicado 29221 del 02 de septiembre de 2009. MP. Yesid Ramírez Bastidas.

7. CSJ. Sentencia del 23 de febrero de 2010, radicado 32805. M.P. María del Rosario González Muñoz.
8. CSJ. Sentencia radicado 38250 del 26 de septiembre de 2012. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
9. CSJ. SP 7135 del 05 de junio de 2014, radicado 35113, M.P. Eugenio Fernández Carlier.
10. CSJ. SP 17466 del 16 de diciembre de 2015, radicado 38955. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.
11. CSJ.SP 5333 de 2018 radicado 50236. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
12. CSJ. SP 3956 de 2019, radicado 46382. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.
13. CSJ. SP 2544-2020, radicado 56591. M.P. Gerson Chaverra Castro

Internacional

1. Caso ICTR-96-4-T
2. Caso No. 21 Trial of General Tomoyuki Yamashita United States Military Commission, Manila. Corte Suprema de Estados Unidos, decisión del 4 de febrero de 1946.
3. Caso IT-96-21-T. Fiscal vs Zejril Delalić, Zdravko Mucić alias “Pavo”, Hazim *Delić*, Esad Landžo alias “Zenga”. Sentencia del 16 de noviembre de 1998.
4. CPI, Caso ICC-01/05-01/08 sentencia de fecha 21 de marzo de 2016
5. Tribunal Militar de los Estados Unidos establecido en Nuremberg. Sentencia del 19 de febrero de 1948.

Normatividad

1. Acto Legislativo 01 de 2017
2. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera
3. Ley 599 de 2000.
4. Ley 1820 de 2016.
5. Reglamento de la JEP. Acuerdo 001 SP del 9 de marzo de 2018 de la Sala Plena.
6. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, artículo 7°, numeral 3°.
7. Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, Artículo 6, numeral 3.
8. Estatuto de Roma.

Páginas web

1. Alpaca Pérez, Alfredo, “Macrocriminalidad y derecho penal internacional”, en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/168163/Alfredo%20Alpaca%20P%C3%A9rez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
2. Ambos, Kai. “Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Núremberg a la Haya”, p. 11, rescatado en:
3. https://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/xresponsabilidad_penal_individual_en_el_dipenal.pdf

4. [Corte Penal Internacional, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF) Decisión del 08 de junio de 2018 caso Bemba. Paragrafo 120 y siguientes.
5. Fiscalía General de la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-entrega-primeros-informes-sobre-investigaciones-por-conductas-cometidas-por-las-farc-ep-y-agentes-del-estado-con-ocasion-del-conflicto/>.
6. Fiscalía General de la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-entrega-primeros-informes-sobre-investigaciones-por-conductas-cometidas-por-las-farc-ep-y-agentes-del-estado-con-ocasion-del-conflicto/>
7. Fiscalía General de la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/retencion-y-ocultamiento-permanente-de-personas-por-parte-de-agentes-del-estado-y-las-extintas-farc-ep/>
8. Fiscalía General de la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/fiscal-general-de-la-nacion/fiscalia-realiza-segunda-entrega-de-informes-a-la-jurisdccion-especial-de-paz/>.
9. Fiscalía General de la Nación, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/>.
10. Gobierno de Colombia, <http://es.presidencia.gov.co/saladeprensa/Documents/JEP%20para%20agentes%20del%20Estado%20.pdf>
11. Justicia Especial para la Paz, <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Presidencia.aspx>
12. Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon. “Usos y abusos de la justicia transicional en colombina”, p,165, en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21370.pdf>
13. Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, rescatado en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/V.%20Tribunal%20Penal%20Internacional%20para%20la%20Ex%20Yugoslavia_1.pdf