



ESCRITO DE AMICUS CURIAE DE LA FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia

Fecha: 18 de octubre de 2017

Referencia: RPZ-0000001 y RPZ-003

INDICE

I. INTRODUCCIÓN Y DECLARACIÓN DE INTERÉS.....	2
II. RESPONSABILIDAD DEL MANDO	2
A. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO	3
B. ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO 01	4
a) Mando o control efectivo sobre la conducta criminal.....	6
b) Cometidas dentro del área de responsabilidad	6
c) Capacidad legal y material de emitir órdenes	9
d) Capacidad directa de tomar las medidas adecuadas.....	10
e) Conocimiento actualizable	11
III. LA DEFINICIÓN DE “GRAVES” CRÍMENES DE GUERRA.....	12
IV. LA DETERMINACIÓN DE LA “PARTICIPACIÓN ACTIVA O DETERMINANTE” EN LOS CRÍMENES	17
V. “RESTRICCIÓN EFECTIVA DE LIBERTADES Y DERECHOS”	20
VI. CONCLUSIÓN	21

I. INTRODUCCIÓN Y DECLARACIÓN DE INTERÉS

1. En 11 de septiembre de 2017, el Presidente de la Corte Constitucional de Colombia invitó a la Fiscal de la Corte Penal Internacional (“CPI”), Fatou Bensouda, a presentar la opinión de la Fiscalía respecto de la legislación que implementa la Jurisdicción Especial para la Paz (“JEP”), actualmente sujeta a revisión constitucional. A la luz de la estrecha relación de trabajo que la Fiscalía tiene con el Estado colombiano y sus autoridades nacionales, la Fiscal presenta por medio del presente escrito los puntos de vista de la Fiscalía sobre determinados aspectos de la JEP, esperando que la información resultará de utilidad para la Corte Constitucional. La presentación de la Fiscalía está dirigida a contribuir al análisis de la legislación nacional por parte de la Corte Constitucional, en la medida en que plantea cuestiones de consistencia y compatibilidad con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma¹.
2. El presente escrito de *Amicus Curiae* aborda cuatro aspectos del marco de la JEP, regulado por el Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 (“Acto Legislativo 01”) y la Ley 1820 de 30 de diciembre de 2016 (“Ley de Amnistía”), a saber: la definición de responsabilidad del mando; la definición de graves crímenes de guerra; la determinación de la “participación activa o determinante” en los crímenes; y la “restricción efectiva de libertades y derechos”.

II. RESPONSABILIDAD DEL MANDO

3. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, el deber y la responsabilidad de los superiores de prevenir o castigar (*reprimir* en el lenguaje del Estatuto de Roma) los crímenes de sus subordinados no surge de su autoridad *de jure*, sino en cambio de sus *capacidades materiales*. Sin embargo, un tribunal que aplique el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017 (“Acto Legislativo 01”), tal como está formulado, podría verse impotente para hacer cumplir el derecho internacional consuetudinario frente a los jefes militares con autoridad *de facto* pero no *de jure*, si solamente puede aceptar como prueba del grado de mando exigido un nombramiento formal². Esto significaría que las personas con capacidad material de prevenir o de castigar los crímenes de los subordinados, y que hubiesen omitido hacerlo a sabiendas, podrían quedar impunes. Esto socavaría de manera importante la aplicación del

¹ El objetivo de esta presentación se circunscribe a brindar los puntos de vista de la Fiscalía sobre aspectos relevantes para la interpretación del Estatuto de Roma, sin conocer los detalles de casos específicos que puedan estar siendo analizados por las autoridades nacionales, ni prejuzgando su resultado.

² *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Decisión de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 193.

principio de la responsabilidad del mando y pondría en duda si esos procesos estarían viciados por la incapacidad o la falta de disposición de llevarlos realmente a cabo.

A. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL MANDO

4. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes cometidos por sus subordinados si sabían, o tenían razones para saber, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables³. El fundamento de la responsabilidad del mando es la noción de ‘mando responsable’: los jefes son responsables por sus subordinados y las acciones de éstos, en virtud de que – y en la medida en que – el jefe ejerce el poder de controlar a esos subordinados.
5. Si bien se hizo prominente en la primera mitad del siglo pasado, en el marco de las persecuciones penales por crímenes internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la doctrina de la responsabilidad del mando se cristalizó en el derecho convencional en los artículos 86 y 87 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra (“PA I”), de 1977. Su importancia como una forma de responsabilidad penal fue enfatizada a la luz de rol decisivo de los superiores en asegurar el respeto por el Derecho Internacional Humanitario (“DIH”). En el terreno, “todo depende de los jefes militares, y sin su supervisión a consciencia, es improbable que las exigencias jurídicas generales sean efectivas”⁴.
6. Más recientemente, distintos tribunales y cortes internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (“TPIR”), han aplicado a menudo la responsabilidad del mando con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Esta doctrina, junto con sus elementos esenciales, también fue reconocida en el Artículo 28 del Estatuto de Roma, del que Colombia es un Estado Parte. Debe señalarse, sin embargo, que el Artículo 28 innova en dos aspectos: en primer lugar, impone un elemento subjetivo posiblemente menos exigente para la responsabilidad de los jefes militares en el párrafo a)(i) del Artículo 28 (“hubiere debido saber”); y en segundo lugar, establece una formulación separada para las relaciones entre superior y subordinado distintas de las de carácter militar en el párrafo b) del Artículo 28. La CPI examinará la jurisdicción y

³ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, Derecho internacional humanitario consuetudinario, [Norma 153](#) y referencias adicionales a la práctica estatal y la interpretación judicial.

⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario al PA I, Art. 87, [parág. 3550](#).

admisibilidad de los casos nacionales pertinentes, a la luz de los elementos específicos del Artículo 28 del Estatuto de Roma.

7. Los esfuerzos de Colombia por promover los objetivos del Estatuto de Roma se reflejan en la introducción de una definición de la responsabilidad del mando como una forma de responsabilidad penal aplicable en el marco de la JEP. Sin embargo, la definición de responsabilidad del mando adoptada se aparta sustancialmente de la prevista en el derecho internacional consuetudinario y de la definición del Estatuto de Roma, y por consiguiente podría frustrar los intentos de Colombia de cumplir su deber de investigar y juzgar los crímenes internacionales.
8. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, un jefe militar o superior es “quien tiene poder o autoridad, ya sea *de jure* o *de facto*, para prevenir el crimen de un subordinado o castigar a los autores del crimen una vez que fue cometido”⁵. La doctrina de la responsabilidad del mando está basada en última instancia en el poder del superior de controlar a sus subordinados, con independencia de si ese poder surge *de facto* en una determinada situación, o *de jure* en virtud de haber sido conferido a través de una designación oficial⁶.

B. ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO 01

9. La responsabilidad del mando según se define en el Artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 parecería hacer referencia únicamente a consideraciones *de jure* para establecer si un superior puede ser considerado responsable por no prevenir o castigar a sus subordinados. Por consiguiente, en su redacción actual, el Artículo transitorio 24 no “perfora el velo del formalismo” que podría sustraer de responsabilidad penal a aquellos individuos que tuviesen la mayor responsabilidad por actos atroces⁷, y de ese modo no cumpliría su finalidad prevista.
10. El Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 sostiene⁸:

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

⁵ *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 192; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parágs. 184, 189.

⁶ *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 193.

⁷ *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 198.

⁸ El énfasis en esta disposición fue añadido por la Fiscalía.

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 [la conducta], 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 [del superior] 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*.
11. Los párrafos siguientes examinarán cinco aspectos del Artículo transitorio 24 que están bajo escrutinio de la Corte Constitucional y que parecen apartarse del derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma, y que parecen limitar indebidamente la aplicación de la responsabilidad del mando.

a) Mando o control efectivo sobre la conducta criminal

12. El Artículo transitorio 24 establece que el superior debe ejercer el control efectivo *de la conducta criminal*⁹. Pero este no es un elemento con arreglo al derecho internacional consuetudinario o al Artículo 28 del Estatuto de Roma, que solamente exige que el jefe ejerza su mando o control efectivo sobre sus subordinados que cometen los crímenes. En estos términos, el Artículo transitorio 24 frustra el objeto de la responsabilidad del mando en derecho internacional.
13. En efecto, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la cuestión de si un superior tenía control efectivo sobre sus subordinados se responde simplemente preguntando si el superior tenía la capacidad material de prevenir crímenes futuros o castigar crímenes pasados cometidos por sus subordinados¹⁰. En cambio, el requisito de que el superior controle la *conducta* parecería necesariamente sugerir algún tipo de restricción sobre el alcance de la conducta del subordinado por la que el superior podría ser responsabilizado¹¹. En particular, podría generar dudas de si el subordinado actuaba o no de conformidad con sus deberes oficiales al cometer el crimen en cuestión.
14. La referencia al concepto de "control sobre la conducta" también podría llevar a confundir la responsabilidad del mando con situaciones de autoría mediata, en las que el "autor detrás del autor" es el que ejerce control sobre el crimen, incluyendo la conducta del que lo ejecuta¹². La responsabilidad del mando no requiere el mismo tipo de control sobre el crimen y se centra principalmente en el abandono, por parte del jefe militar, de sus deberes con arreglo al derecho internacional.

b) Cometidas dentro del área de responsabilidad

15. El Artículo transitorio 24 exige que el crimen se cometa (y que el superior haya tenido la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones) *dentro del área de*

⁹ Véase Acto Legislativo 01, 4 de abril de 2017, Art. transitorio 24 (2) ((...) *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, (...)*).

¹⁰ *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 256; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), 21, (Sentencia de primera instancia), marzo de 2016, parágs. 183, 188-189.

¹¹ Como lo muestra el Estudio de Derecho internacional humanitario consuetudinario del CICR, algunos juristas han procurado describir los alcances del control sobre el subordinado a través del control sobre sus acciones, pero esto no significa que se establezca un requisito jurídico adicional (Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Derecho internacional humanitario consuetudinario, Interpretación de la Norma 153*).

¹² Véase *Fiscal c. Katanga*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/04-01/07-3436](#), 7 de marzo de 2014, (Sentencia de primera instancia), parágs. 1390-1396; *Fiscal c. Lubanga*, [ICC-01/04-01/06-3121](#), (Lubanga Sentencia de apelación), 1º de diciembre de 2014, parág. 465.

responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del jefe militar, según el nivel de mando correspondiente¹³. Este no es un requisito de la responsabilidad del mando con arreglo al derecho internacional consuetudinario ni al Artículo 28 del Estatuto de Roma. Pero lo central es que a través de limitar la responsabilidad del superior al área que le hubiese sido asignada formalmente, el Artículo transitorio 24 revive los requisitos *de jure* para establecer la existencia de control efectivo, e ignora la realidad de los poderes que el superior *tuviese realmente*.

16. A los efectos de determinar la responsabilidad como jefe militar, ni el derecho internacional consuetudinario ni el Estatuto de Roma dan importancia jurídica alguna al concepto del “área de responsabilidad”. Por el contrario, la cuestión jurídicamente importante es solamente si el superior tenía “control efectivo” sobre los autores de los crímenes al momento en que fueron cometidos, en el sentido de la capacidad material de prevenir sus crímenes futuros o de castigar los crímenes pasados¹⁴. Esto es una cuestión de prueba, no de derecho¹⁵. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia III de la CPI condenó al Sr. Bemba, un jefe militar congoleño, por crímenes cometidos por sus tropas en otro país, la República Centroafricana¹⁶. Los párrafos siguientes muestran por qué el “área de responsabilidad” está, en tanto concepto *jurídico*, fuera de lugar en el contexto de la responsabilidad del mando.
17. Primero, en algunos contextos (especialmente militares), “área de responsabilidad” *podría* ser una expresión que denota los alcances de las responsabilidades *operacionales* de un jefe militar, y por consiguiente podría tener importancia *probatoria* para determinar la realidad de sus poderes. Por ejemplo, la unidad al mando del superior podría estar asignada a mantener la seguridad o a llevar a cabo operaciones ofensivas en una zona geográfica determinada. No obstante, esto no significa que los subordinados de esa unidad están solamente bajo el mando de su superior (en el sentido de que el superior tiene la capacidad material de prevenir o castigar su conducta) mientras están en esa zona. Asimismo, la necesidad militar exige que el

¹³ Véase Acto Legislativo 01, 4 de abril de 2017, Art. transitorio 24 (3) (i) (*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*;) y (iii) (*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*).

¹⁴ *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 256; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parágs. 183, 188-189.

¹⁵ *Fiscal c. Blaškić*, [ICTY-95-14-A](#), (Sentencia de apelación), 29 de julio de 2004, parág. 69; *Fiscal c. Strugar*, [ICTY-01-42-A](#), (Sentencia de apelación), 17 de julio de 2008, parág. 254; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parág. 188.

¹⁶ Véase *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016.

personal militar en servicio activo esté bajo un mando responsable en todo momento, ya sea mientras está en su área de responsabilidad operacional, en el cuartel, o en ejercicio de cualquier otra actividad. Esta calificación *no* se impone a la responsabilidad de los jefes militares u otros superiores similares precisamente porque no hay límites geográficos o temporales a su autoridad sobre sus subordinados¹⁷. Esto, de nuevo, se deriva del imperativo del “mando responsable” en circunstancias de conflicto armado.

18. Segundo, la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial puede haber causado confusión, en particular, aquella que hace referencia al concepto de “área de responsabilidad” en el contexto completamente diferente de la responsabilidad por omisión de las personas encargadas de ejercer el mando sobre territorio *ocupado*. “La responsabilidad del jefe militar de la ocupación” *no requería prueba del control efectivo* sobre individuos o unidades determinadas, sino que la responsabilidad se imponía en virtud de que el acusado estaba obligado a prevenir los crímenes en un *determinado territorio*¹⁸. Puesto que se derivaba de las obligaciones especiales asociadas con la ocupación, la base de la responsabilidad es totalmente diferente de la responsabilidad del mando¹⁹, tanto con arreglo al Artículo 28 del Estatuto de Roma, como al derecho internacional consuetudinario. En particular, la responsabilidad del jefe militar de una ocupación no brinda apoyo alguno a la proposición de que, además de la prueba del control efectivo, el criterio de “área de responsabilidad” es jurídicamente relevante para la responsabilidad del mando. Por el contrario, la responsabilidad del jefe militar de la ocupación y la responsabilidad del mando son *doctrinas completamente*

¹⁷ Véase, por ejemplo, Schabas, *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, 2ª Ed. (Oxford: OUP, 2016), pág. 613 (señalando “los distintos niveles de disciplina, obediencia, lealtad y responsabilidad en cada uno de los dos contextos”); Vetter, “Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (ICC),” [2000] 25(1) *Yale Journal of International Law* 89, pág. 120 (“los jefes civiles no poseen el mismo tipo de control en todo momento, siete días a la semana, sobre los subordinados, que poseen los jefes militares”).

¹⁸ Véase, por ejemplo, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. XI, “High Command Case”, Sentencia, págs. 542-547 (bajo el título “La responsabilidad de los jefes militares de territorios ocupados”), sosteniendo que “la subordinación militar es un factor importante *pero no concluyente* para determinar la responsabilidad penal” (énfasis añadido), y luego añadiendo “la fiscalía sugiere que, con arreglo a la Convención de la Haya, un jefe militar de un territorio ocupado es *per se* responsable dentro del área de su ocupación. [...] Es la opinión de este Tribunal que un Estado puede, en determinadas cuestiones, y con arreglo al derecho internacional, limitar el ejercicio de los poderes soberanos a través de un jefe militar en una zona ocupada, pero también es de la opinión que con arreglo al derecho internacional y a los usos de las naciones civilizadas, éste tenga determinadas responsabilidades que no puede dejar de lado o ignorar. [...] La situación es en algún sentido análoga al principio aceptado en derecho internacional, según el cual el ejército que captura a los soldados de su adversario tiene determinadas responsabilidades fijas respecto de su cuidado y del trato que les dispense. [...] Una de las funciones del jefe militar de la ocupación, dotado de poder ejecutivo, era mantener el orden y proteger a la población civil contra actos ilícitos.”

¹⁹ Cf. Mettraux, *The Law of Command Responsibility* (Oxford: OUP, 2009), pág. 155; Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford: OUP, 2011), pág. 264.

independientes: la primera se basa en un deber de mantener la ley y el orden, basado en el control sobre un territorio; la segunda se basa en el control sobre determinados individuos (los subordinados del superior).

19. En determinadas circunstancias, cuando la cuestión se plantee a la luz de la evidencia, el movimiento de una unidad adentro y fuera del área de responsabilidad operacional de un determinado superior *podría* ser un factor relevante para determinar (como una cuestión de *prueba*) si esa unidad ha sido reasignada y, por consiguiente, potencialmente (pero no necesariamente) puesta fuera o dentro del control efectivo del superior. No obstante esta cuestión es, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, una cuestión de *hecho*, no de derecho.
20. La referencia en el Artículo transitorio 24 al concepto de “área de responsabilidad” como un requisito jurídico es, por consiguiente, incompatible con el derecho internacional consuetudinario y con el Estatuto de Roma. La disposición efectivamente excluiría la responsabilidad penal de los jefes militares que tenían el poder y la autoridad de prevenir (o castigar) el crimen de un subordinado, pero carecían de autoridad *de jure* sobre el área en la que (o en el contexto en el que) los crímenes tuvieron lugar.

c) Capacidad legal y material de emitir órdenes

21. Para establecer el mando y control efectivo del superior, el Artículo transitorio 24 exige que éste tenga capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas y de hacerlas cumplir²⁰. Este no es un requisito legal con arreglo al derecho internacional.
22. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la cuestión de si un superior tenía mando y control efectivo se responde a través de preguntarse si tenía la capacidad material de prevenir o castigar los crímenes de sus subordinados (control efectivo)²¹. El Estatuto de Roma sigue esta formulación. Esto es una cuestión de prueba, no de derecho²². En esta evaluación *fáctica*, la autoridad legal del superior para

²⁰ Véase Acto Legislativo 01, 4 de abril de 2017, Art. transitorio 24 (3) (ii) (*Que el superior tenga capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir*).

²¹ *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 256; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parágs. 183, 188-189.

²² *Fiscal c. Blaškić*, [ICTY-95-14-A](#), (Sentencia de apelación), 29 de julio de 2004, parág. 69; *Fiscal c. Strugar*, [ICTY-01-42-A](#), (Sentencia de apelación), 17 de julio de 2008, parág. 254; *Fiscal c. Aleksovski*, [ICTY-95-14/1-A](#), (Sentencia de apelación), 24 de marzo de 2000, parágs. 73-74; *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 206; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parágs. 188.

emitir órdenes es solamente un indicador probatorio²³ que habrá de tomarse en consideración – pero no es necesario, y tampoco es suficiente, para establecer el control efectivo²⁴.

23. La formulación actual del Artículo transitorio 24, que exige que el superior tenga autoridad *jurídica* para emitir (modificar o hacer cumplir) órdenes como una precondición del control efectivo es incompatible con el derecho internacional consuetudinario y con el Estatuto de Roma. De nuevo, la disposición excluye en los hechos la responsabilidad penal de los superiores que tengan poder y autoridad *de facto* para prevenir (o castigar) el crimen de un subordinado, pero carezcan de autoridad *de jure*.

d) Capacidad directa de tomar las medidas adecuadas

24. El Artículo transitorio 24 exige que el superior tuviese la capacidad material y *directa* de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir los crímenes²⁵. Esta disposición marca otra desviación del derecho internacional consuetudinario, y otra restricción a los alcances de la responsabilidad del mando.
25. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad del mando no se limita al superior *directo*. La omisión por parte de los jefes militares de mayor rango de adoptar las medidas necesarias para prevenir o castigar los crímenes de sus subordinados también daría lugar a su responsabilidad penal. Que haya o no subordinados intermedios entre el superior y los autores de los crímenes es irrelevante, en la medida que se demuestre que hubo control efectivo²⁶. La pregunta

²³ Estos factores podrían incluir: i) la posición oficial del jefe militar dentro de la estructura militar y las tareas concretas que llevó a cabo; ii) su poder para emitir órdenes, incluyendo su capacidad de emitir órdenes de entrar en combate a las fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o a niveles inferiores; iii) su capacidad para asegurar el cumplimiento de las órdenes, tomando en cuenta si las órdenes fueron cumplidas o no en los hechos; iv) su capacidad para resubordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; v) su poder para promover, reemplazar, destituir, o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas, y de iniciar investigaciones; vi) su autoridad para enviar fuerzas a zonas en las que se están produciendo hostilidades y retirarlas en cualquier momento; vii) su acceso independiente a, y control sobre, los medios para llevar adelante una guerra, tales como equipos de comunicaciones y armamentos; viii) su control sobre las finanzas; ix) su capacidad de representar a las fuerzas en negociaciones, o interactuar con órganos o individuos externos en representación del grupo; y x) si representa la ideología del movimiento al que adhieren los subordinados, y tiene un cierto nivel de perfil, que se manifiesta a través de apariciones y declaraciones públicas. (Véase, *Fiscal c. Bemba*, Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parág. 188).

²⁴ *Fiscal c. Strugar* [ICTY-01-42-A](#), (Sentencia de apelación), 17 de julio de 2008, parág. 254; *Fiscal c. Dragomir Milosevic*, [ICTY-98-29/1-A](#), (Sentencia de apelación), 12 de noviembre de 2009, parág. 280.

²⁵ Véase Acto Legislativo 01, 4 de abril de 2017, Art. transitorio 24 (3) (iv) (*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 (...)*).

²⁶ *Fiscal c. Bemba*, Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parág. 184.

independiente de si, debido a la proximidad o la lejanía, el superior *realmente* poseía control efectivo es, de nuevo, una cuestión de prueba, no de derecho sustantivo²⁷.

26. La formulación actual podría excluir la responsabilidad penal de los superiores de mayor jerarquía que ejerzan el control efectivo a través de subordinados intermedios. Esto podría llevar al resultado paradójico de sustraer de responsabilidad penal a aquellos individuos que potencialmente tienen algunas de las responsabilidades más grandes.

e) Conocimiento actualizable

27. Para incurrir en responsabilidad con arreglo a la doctrina de la responsabilidad del mando, el Artículo transitorio 24 exige que el superior posea conocimiento actual o actualizable de la comisión de los crímenes (“*conocimiento actual o actualizable de su comisión*”). Si bien el concepto de conocimiento actual es consistente con el derecho internacional consuetudinario como un posible elemento subjetivo (*mens rea*) de la responsabilidad del mando, podrían surgir dificultades con el concepto alternativo de *conocimiento actualizable*.
28. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario, los jefes militares y otros superiores son penalmente responsables si sabían o tenían razones para saber que los subordinados se disponían a cometer (o ya habían cometido) los crímenes²⁸. El Estatuto de Roma, como se dijo anteriormente, adopta una fórmula ligeramente diferente, según la cual, la responsabilidad surge si el jefe militar hubiere sabido o “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber” que los crímenes estaban por ocurrir, o ya habían ocurrido²⁹. Sin embargo, el legislador colombiano se ha apartado tanto del estándar de “tenía razones para saber” con arreglo al derecho internacional consuetudinario, así como del estándar “hubiera debido saber” del Estatuto de Roma. En cambio, adoptó una definición ambigua y posiblemente más restrictiva de “conocimiento actualizable”.

²⁷ *Fiscal c. Orić*, [ICTY-03-68-A](#), (Sentencia de apelación), 3 de julio de 2008, parág. 20; *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 252; *Fiscal c. Bemba*, *Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto*, [ICC-01/05-01/08](#), (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parágs. 179, 184, 698.

²⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, Derecho internacional humanitario consuetudinario, Norma [153](#). Véase también, *Fiscal c. Čelebići*, [ICTY-96-21-A](#), (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parágs. 222, 241.

²⁹ Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998, Artículo 28 (a)(i).

III. LA DEFINICIÓN DE “GRAVES” CRÍMENES DE GUERRA

29. La exclusión de crímenes del Estatuto de Roma, como los crímenes de lesa humanidad y el genocidio de las amnistías, indultos, y del beneficio especial de “renuncia a la persecución penal” es un aspecto importante del marco jurídico que regula la JEP. Sin embargo, en relación con los crímenes de guerra, el requisito legal de que la conducta haya sido cometida de forma *sistemática* podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares a individuos responsables por crímenes de guerra que, si bien no fueron cometidos en forma sistemática, podrían no obstante estar abarcados por la jurisdicción de la CPI. Un resultado así podría tornar admisible ante la CPI cualquier caso o casos que quedara(n) sin abordar – producto de la inacción nacional o la falta de disposición o de capacidad del Estado en cuestión de llevar realmente a cabo los procesos – y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario.
30. La Ley de Amnistía regula las amnistías e indultos por los delitos políticos y delitos conexos con estos, y adopta un tratamiento especial diferenciado para todos los que hayan participado, directa o indirectamente, en el conflicto armado, incluyendo los agentes del Estado³⁰. Se podrán conceder amnistías e indultos por delitos políticos y delitos conexos con estos³¹. Con arreglo al párrafo 3)(a) del Artículo 23, las amnistías o indultos no podrán concederse a individuos que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, genocidio, “graves” crímenes de guerra, u otras conductas violentas³². El párrafo 5) del Artículo 23, especifica que se entenderá por “grave” crimen de guerra toda infracción al DIH cometida de forma sistemática.
31. Además, la Ley de Amnistía indica que los agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados, o señalados de cometer delitos relacionados con el conflicto podrán beneficiarse de mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal³³. El párrafo 2)1) del Artículo 46 especifica que la renuncia a la persecución penal no procederá para aquellos individuos que hayan cometido

³⁰ Véase Ley No. 1820, 30 de diciembre de 2016, Art. 2.

³¹ Véase Ley No. 1820, 30 de diciembre de 2016, Art. 8.

³² Véase Artículo 23(3)(a) de la Ley No. 1820, 30 de diciembre de 2016, que también incluye las conductas siguientes: la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma.

³³ Véase Ley No. 1820, 30 de diciembre de 2016, Art. 45. Con arreglo al Art. 31, otros mecanismos de tratamiento especial son la cesación de procedimiento, la suspensión de la ejecución de la pena, la extinción de responsabilidad por cumplimiento de la sanción, y otras resoluciones necesarias para definir la situación jurídica de un individuo. La opinión de la Fiscalía respecto de la posibilidad de otorgar una renuncia a la persecución penal por “graves” crímenes de guerra podría también aplicarse a otros mecanismos de tratamiento especial cuando sus efectos resulten en la exclusión de la investigación, enjuiciamiento y castigo de crímenes de guerra de la CPI.

crímenes de lesa humanidad, “graves” crímenes de guerra, u otras conductas violentas³⁴. Los efectos de esta medida abarcan, pero no se limitan a la extinción de la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal (“*extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal*”)³⁵.

32. Los efectos del mecanismo especial de la renuncia a la persecución penal parecen similares a los que se derivan de la decisión de conceder una amnistía o un indulto. Las amnistías impiden prospectivamente las investigaciones y persecuciones penales respecto de conductas criminales especificadas o anulan retroactivamente la responsabilidad legal establecida previamente; los indultos eximen a una persona condenada de cumplir la pena³⁶. Una decisión de renunciar a la persecución penal, con los efectos prescritos en la Ley de Amnistía, tendría efectos similares –e incluso iguales– de impedir investigaciones y procesamientos, anular la responsabilidad penal, y eximir a la persona condenada de cumplir la pena. Puesto que la renuncia a la persecución penal, las amnistías y los indultos comparten efectos similares, las consideraciones vertidas en los párrafos siguientes respecto de la definición de “graves” crímenes de guerra también son aplicables a ese mecanismo especial.
33. Como se sostuvo precedentemente, la Ley de Amnistía define como “graves” crímenes de guerra las infracciones del DIH cometidas en forma *sistemática*. Tal como está formulada, esta definición pasa por alto otros factores que son de importancia capital para determinar la *gravedad* de un crimen, como su naturaleza, modo de comisión e impacto. Definir como “graves” únicamente a los crímenes de guerra cometidos en forma *sistemática*, con independencia de su naturaleza e impacto, podría llevar a conceder amnistías o renuncias a la persecución penal respecto de individuos responsables por crímenes de guerra que, a pesar de no haber sido cometidos en forma sistemática, estén abarcados por la jurisdicción de la CPI. Una decisión de estas características podría tornar admisibles ante la CPI los casos que quedaran sin abordar

³⁴ Además, el párrafo 2)(a) del Artículo 46 incluye: el genocidio, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

³⁵ Véase Ley No. 1820, 30 de diciembre de 2016, Art. 46. El Artículo 48 añade que una decisión de renuncia a la persecución penal tendrá los siguientes efectos adicionales: hace tránsito a cosa juzgada material y sólo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz; impide que se inicien nuevos procesos por estas conductas; elimina los antecedentes penales; anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal; e impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral.

³⁶ Respecto de los efectos de las amnistías e indultos, véase ACNUDH, Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto: Amnistías, [HR/PUB/09/1](#), 2009, pág. 5. Véase también, CIRC Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, “[Amnistías y Derecho Internacional Humanitario: Objetivo y Ámbito de Aplicación](#)”, julio de 2017, pág. 1.

– producto de la inacción nacional o la falta de disposición o de capacidad del Estado en cuestión de realmente llevar a cabo los procesos – y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario.

34. Si bien las amnistías y beneficios que impiden los procesos judiciales por conductas tales como delitos políticos y delitos conexos con estos podrían ser medidas apropiadas para facilitar los procesos de reintegración en contextos de transición, la aplicación de estas medidas a conductas que constituyan crímenes de la CPI estaría en directa contradicción con el objeto y el propósito del Estatuto de Roma de poner fin a la impunidad por los crímenes más graves³⁷.
35. El deber de investigar y juzgar los crímenes más graves, entre ellos los crímenes de guerra, no solamente se afirma en el Estatuto de Roma (los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo³⁸), sino que ha sido considerado como una norma establecida del derecho internacional consuetudinario. Reflejando una norma contenida en varios tratados que se aplican a actos cometidos tanto en conflictos armados internacionales como de carácter no internacional, así como también numerosos manuales militares, la Norma 158 del DIH consuetudinario establece: "Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados"³⁹. Además, el derecho internacional consuetudinario prevé límites a las amnistías para crímenes de guerra permitidas por el párrafo 5) del Artículo 6 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra ("PA II"). Si bien el PA II prevé la opción de conceder "la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad", a la cesación de las hostilidades, la Norma 159 del DIH limita esta prerrogativa en la medida que exime de amnistías "a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra"⁴⁰.

³⁷ Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998, Preámbulo, parág. 5.

³⁸ Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998, Preámbulo, parág. 4.

³⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja, Derecho internacional humanitario consuetudinario, [Norma 158](#). Según el Estudio del CICR sobre Derecho consuetudinario, existe práctica estatal suficiente "para establecer la investigación con arreglo al derecho internacional consuetudinario de investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos en conflictos armados de carácter no internacional, y de encausar, si procede, a los sospechosos".

⁴⁰ Véase Comité Internacional de la Cruz Roja, Derecho internacional humanitario consuetudinario, [Norma 159](#) y las referencias que allí se citan a la práctica estatal y la interpretación judicial.

36. El consenso general de que las amnistías por crímenes internacionales, incluyendo los crímenes de guerra, resultan inaceptables surge también de los informes del Secretario General de la ONU⁴¹, de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU⁴² y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁴³. Además, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y regionales también apoya la proposición de que los crímenes de guerra no pueden ser objeto de amnistías. Por ejemplo, en el caso *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el párrafo 5) del Artículo 6 del Protocolo II adicional y la Norma 159 de DIH consuetudinario y señaló que si bien la emisión de leyes de amnistía a la cesación de las hostilidades en conflictos armados sin carácter internacional a veces está justificada para facilitar el camino de retorno a la paz, la norma sin embargo “no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”⁴⁴.
37. En el caso *Marguš c. Croatia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) sostuvo que conceder “una amnistía respecto de crímenes internacionales –incluyendo los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio– es crecientemente considerado prohibido por el derecho

⁴¹ Véase SG ONU, Informe sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, [S/2004/616](#), 23 de agosto de 2004, parágs. 10 y 32; Informe sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, [S/2001/331](#), 30 de marzo de 2001, parág. 10; y el Informe sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, [S/2000/915](#), parág. 23.

⁴² Véase AG ONU, Principios y directrices básicos sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Anexo a la [Res.60/147 AG ONU](#), A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006, parág. 4; Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de Guerra o de crímenes de lesa humanidad, AG ONU [Res. 3074 \(XXVIII\)](#), 3 de diciembre de 1973; Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad, AG ONU [Res. 2712 \(XXV\)](#), 15 de diciembre de 1970, parág. 5. Véase también, la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, en relación con la situación en Sierra Leona, reafirmando “la importancia de cumplir el derecho internacional humanitario, y reafirmando además que las personas que cometen o autorizan violaciones graves del derecho internacional humanitario son responsables de tales violaciones a título personal y deben rendir cuentas al respecto (...)”, [CS ONU S/RES/1315 \(2000\)](#), 14 de agosto de 2000, pág. 1.

⁴³ Véase Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 2005/81, afirmando que: “no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión el Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad, o por infracciones graves de los derechos humanos (...)”, [E/CN.4/RES/2005/81](#), 21 de abril de 2005, parág. 3. Véase también, [Resolución 2002/79, E/CN.4/RES/2002/79](#), de 25 de abril de 2002, parág. 2; [Resolución 2003/72, E/CN.4/RES/2003/72](#), de 25 de abril de 2003, parág. 2; [Resolución 2004/72, E/CN.4/RES/2004/72](#), de 21 de abril de 2004, parág. 3.

⁴⁴ Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, [Sentencia \(Fondo, Reparaciones y Costas\)](#), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012, págs. 113-114, parágs. 285-286.

internacional. Esta interpretación se desprende de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, los tratados de derechos humanos, así como también las decisiones de los tribunales internacionales y regionales, y el surgimiento de práctica estatal, puesto que ha habido una tendencia creciente de tribunales internacionales, regionales y nacionales de invalidar amnistías generales dictadas por gobiernos”⁴⁵.

38. El lenguaje de la Ley de Amnistía, que especifica que los “graves” crímenes de guerra deben entenderse como infracciones al DIH cometidas en forma *sistemática*, podría haberse originado en la intención de reflejar el contenido del párrafo 1) del Artículo 8 del Estatuto de Roma. El encabezado del párrafo 1) del Artículo 8 señala que: “[l]a Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular* cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (énfasis añadido). Esto podría dar lugar a una interpretación equivocada según la cual la jurisdicción de la CPI sobre crímenes de guerra abarca, o se centra, exclusivamente en las conductas cometidas en gran escala o como parte de un plan o política. En este sentido, es importante aclarar que la jurisdicción de la CPI abarca todos los crímenes de guerra incluidos en el Artículo 8 del Estatuto de Roma, con independencia de su naturaleza sistemática, y que el requisito de la existencia de un plan, política o comisión en gran escala no es una precondition sino que, en cambio, sirve como guía para el ejercicio de la jurisdicción⁴⁶. Por último, una recomendación legislativa a *la CPI*, una corte de alcance internacional que ejerce su jurisdicción sobre múltiples situaciones al mismo tiempo con recursos limitados, y que centra sus esfuerzos en crímenes que son especialmente graves, o que tienen un impacto muy significativo, no puede extrapolarse y aplicarse en un sistema nacional que opera en circunstancias muy diferentes, y sujeto a deberes jurídicos distintos.
39. En las circunstancias que presenta un esquema de justicia transicional diseñado para poner fin a un conflicto armado, es concebible que un Estado desarrolle una

⁴⁵ *Marguš c. Croacia*, Sentencia ([Fondo y justa satisfacción](#)), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13 de noviembre de 2012, pág. 27, parág. 74. Traducción no oficial.

⁴⁶ En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI ha aclarado que la expresión “en particular” incluida en el encabezamiento del Artículo 8 del Estatuto de Roma deja en claro que “la existencia de un plan, política o la comisión en gran escala no es un prerrequisito para que la Corte ejerza su jurisdicción sobre crímenes de guerra, sino que sirve como guía práctica a la Corte”. Véase *Fiscal c. Bemba*, Decisión con arreglo a los apartados a) y b) del párrafo 7)(a) y (b) del Artículo 61 del Estatuto de Roma sobre los cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, [ICC-01/05-01/08](#), 15 de junio de 2009, pág. 74, parág. 211. Traducción no oficial. Véase también párrafo 1)(d) del Artículo 17 del Estatuto de Roma, que prevé, como un criterio de admisibilidad, que se tome en consideración si el caso tiene la suficiente gravedad como para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

estrategia para investigar y juzgar atrocidades masivas que pueda incluir criterios justificados y proporcionados de selección y priorización de casos. Sin embargo, tales criterios estarían mejor situados como parte de una estrategia de investigación y juzgamiento que permita a los magistrados de la JEP ejercer su discreción, en lugar de formar parte de un marco legislativo. No obstante, el desarrollo de criterios integrales no debería centrarse únicamente en consideraciones relativas a la sistematicidad de la conducta, sino también en otros aspectos relevantes para evaluar la gravedad de los crímenes, tales como la naturaleza de los crímenes, la forma de su comisión, y su impacto sobre las víctimas.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA “PARTICIPACIÓN ACTIVA O DETERMINANTE” EN LOS CRÍMENES

40. Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una “participación activa o determinante” en la comisión de crímenes graves podrían llevar a conceder mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos que pudieron haber tenido un rol decisivo en la comisión de crímenes graves.
41. Con arreglo al Artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01, las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados al momento correspondiente (los “terceros”), que hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal. El párrafo 2) del Artículo 16 excluye a aquellos que participaron en forma activa o determinante (“*participación activa o determinante*”) en la comisión de un delito grave, de los beneficios del tratamiento especial⁴⁷.
42. Si bien la exclusión podría estar diseñada para circunscribir las medidas de tratamiento especial exclusivamente a aquellos que tuvieron un rol periférico en los crímenes en cuestión, y por consiguiente evitar la impunidad de los más responsables por crímenes graves, el lenguaje ambiguo del párrafo 2) del Artículo 16 podría conducir al resultado opuesto: una interpretación excesivamente amplia de los criterios, que fuera incompatible con el derecho internacional consuetudinario, podría llevar a una amnistía generalizada para los terceros responsables de crímenes de la

⁴⁷ Véase Acto Legislativo 01, 4 de abril de 2017, Art. transitorio 16 (2) ((...) *aquellos terceros que hubieran tenido una participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos (...)*). Véase también la Ley No. 1820, de 30 de diciembre de 2016, Arts. 28 y 29.

CPI, incluyendo a individuos que podrían haber cumplido un rol decisivo por omisión.

43. El párrafo 2) del Artículo transitorio 16 define la “*participación determinante*” como una *acción* que es *eficaz y decisiva* en la realización del crimen (“*se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados*”). La definición plantea algunas dudas y preocupaciones en cuanto a su interpretación.
44. Primero, con arreglo al párrafo 2) del Artículo 16, para ser determinante, una persona debió haber participado a través de una acción, y no de omisiones. En términos de la gravedad de la contribución, el derecho internacional consuetudinario ha equiparado desde hace mucho tiempo la responsabilidad por omisión y por comisión⁴⁸: determinar si la contribución es lo suficientemente grave para acarrear responsabilidad penal (y con arreglo a qué modo de participación) depende de los hechos en cuestión, con independencia de si se produjo en la forma de comisión u omisión. Puesto que las omisiones pueden ser igualmente graves, esta limitación parecería irrazonable, puesto que podría llevar a resultados no deseados, tales como el conceder beneficios especiales automáticos a personas que han realizado una contribución relevante a un crimen grave a través de una omisión⁴⁹.
45. Segundo, para ser *determinante*, y por consiguiente estar excluida de los beneficios especiales, una contribución deberá ser *eficaz y decisiva*. En otras palabras, solamente las contribuciones *eficaces y decisivas* estarían potencialmente sujetas a persecución penal. La interpretación correcta de estas expresiones será de gran importancia para determinar los alcances de los beneficios especiales y la consistencia general de la JEP con el derecho internacional consuetudinario⁵⁰.

⁴⁸ *Fiscal c. Mrkšić*, [ICTY-95-13/1-A](#), (Sentencia de apelación), 5 de mayo de 2009, parágs. 134-135, 146, 151, 154; *Fiscal c. Orić*, [ICTY-03-68-A](#), (Sentencia de apelación), 3 de julio de 2008, parág. 43; *Fiscal c. Brđanin*, [ICTY-99-36-A](#), (Sentencia de apelación), 3 de abril de 2007, parág. 274; *Fiscal c. Galić*, [ICTY-98-29-A](#), (Sentencia de apelación), 30 de noviembre de 2006, parágs. 175-176; *Fiscal c. Blaškić*, [ICTY-95-14-A](#), (Sentencia de apelación), 29 de julio de 2004, parág. 663; *Fiscal c. Tadić*, [ICTY-94-1-A](#), (Sentencia de apelación), 15 de julio de 1999, parág. 188; *Fiscal c. Ntagerura*, [ICTR-99-46-A](#), (Sentencia de apelación), 7 de julio de 2006, parág. 334; *Fiscal c. Stanišić y Župljanin*, [ICTY-08-91-A](#), (Sentencia de apelación), 30 de junio de 2016, parágs. 109-110, 731-734. Además, *Fiscal c. Lubanga*, [ICC-01/04-01/06](#), (Decisión de Confirmación), 29 de enero de 2007, parágs. 351-352, 354; *Fiscal c. Katanga*, [ICC-01/04-01/07-717](#), (Decisión de Confirmación), 13 de octubre de 2008, parág. 274, 287.

⁴⁹ Esto es probable que ocurra especialmente a la luz del requisito alternativo con arreglo al párrafo 2) del Artículo transitorio 16, que excluye los beneficios del tipo de las amnistías solo respecto de la participación *activa* en los crímenes.

⁵⁰ En este sentido, la Fiscalía ha tomado nota del lenguaje empleado en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz, presentada ante el Congreso en 25 de septiembre de 2017, que hace referencia a ejemplos de conductas que deberían considerarse determinantes en el

46. Con arreglo al párrafo 2) del Artículo 16, no se concederán beneficios especiales cuando, en cambio, el tercero haya tenido una “participación activa”. El Artículo transitorio 16 no define esta expresión. Si bien el Código Penal colombiano (artículo 25) se refiere a los conceptos algo más convencionales de *acción y omisión*, a diferencia de contribución *activa y pasiva*, parecería razonable entender *participación activa* como intercambiable con *contribución por comisión*. Sin embargo, esta interpretación podría llevar a resultados no deseados e irrazonables, como excluir las medidas de tratamiento especial para todos los terceros que hubiesen contribuido a los crímenes a través de *acciones positivas* - con independencia de si fueron eficaces y decisivas. Existe un riesgo aparente de que se interprete el término “activa” como un requerimiento de que la participación sea *física o directa*. Esa interpretación sería incompatible con el derecho internacional consuetudinario.
47. A la luz de las ambigüedades que contiene el párrafo 2) del Artículo transitorio 16, es de crucial importancia que su interpretación sea consistente con el derecho internacional consuetudinario. Con arreglo al derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad por complicidad, basta con que una persona brinde asistencia práctica, aliento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración de los crímenes⁵¹. En particular, la contribución del cómplice no necesita ser una *conditio sine qua non*⁵², ni necesita estar *dirigida específicamente* a la comisión de los crímenes⁵³. Por ejemplo, si una empresa privada financia a un grupo armado involucrado en la comisión de los crímenes⁵⁴, es irrelevante si el apoyo económico estaba *específicamente dirigido* a la comisión de los crímenes o apuntaba a la supervivencia del grupo. Tampoco es relevante si apoyar al grupo armado es el objetivo principal de la empresa. Basta con que contribuya sustancialmente a los crímenes, en forma *directa o indirecta*. Para ser consistente con el derecho internacional consuetudinario, las expresiones *activa, eficaz y decisiva* deberán interpretarse en ese sentido.

párrafo 3) del Artículo 61 (...) *Para la determinación de la competencia a la que se refiere este inciso, se consideran participaciones determinantes, entre otras, el desarrollo o promoción de empresas que tengan como su único o principal propósito la conformación de grupos armados al margen de la ley, y el desarrollo de actividades de colaboración o de actuación conjunta con grupos armados al margen de la ley (...)*. Si bien el Proyecto de Ley Estatutaria está actualmente sometido a debate en el Congreso, y no es objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, la Fiscalía observa que disposiciones como la contenida en el párrafo 3) del Artículo 61 parecerían sugerir un enfoque interpretativo restrictivo, que podría efectivamente limitar la persecución penal a muy pocos casos. Por ejemplo, las empresas que asistieron a los grupos armados ilegales podrían recibir amnistías o beneficios con un efecto similar cuando apoyar a los paramilitares no era su único o principal propósito. Esta interpretación restrictiva podría resultar en una injusticia manifiesta.

⁵¹ *Fiscal c. Sainović*, [ICTY-05-87-A](#), (Sentencia de apelación), 23 de enero de 2014, parág. 1649.

⁵² *Fiscal c. Simić*, [ICTY-95-9-A](#), (Sentencia de apelación), 28 de noviembre de 2006, parág. 55; *Fiscal c. Blaškić*, [ICTY-95-14-A](#), (Sentencia de apelación), 29 de julio de 2004, parág. 48.

⁵³ *Fiscal c. Sainović*, [ICTY-05-87-A](#), (Sentencia de apelación), 23 de enero de 2014, parág. 1649, *Fiscal c. Popović*, [ICTY-05-88-A](#), (Sentencia de apelación), 30 de enero de 2015, parág. 1758.

⁵⁴ Una vez que el elemento subjetivo se satisface.

48. En última instancia, la clarificación de los alcances del Artículo transitorio 16 es de la máxima importancia a fin de garantizar que la JEP investigue y enjuicie a las personas responsables por graves contribuciones a crímenes graves, incluso cuando lo hicieron de manera indirecta o por una omisión culpable, y de ese modo prevenir una situación de impunidad generalizada.

V. “RESTRICCIÓN EFECTIVA DE LIBERTADES Y DERECHOS”

49. El acuerdo de paz prevé un esquema de sanciones en el que los individuos responsables por crímenes graves cumplirían sanciones de cinco a ocho años de “restricciones efectivas de libertades y derechos” - entre ellas, la libertad de residencia y de movimiento, junto con la participación en proyectos restaurativos - las cuales se impondrían a quienes reconozcan responsabilidad por sus crímenes y se comprometan a no repetirlos desde el comienzo del procedimiento ante la JEP⁵⁵. Los que aceptasen su responsabilidad por los crímenes en forma tardía, cumplirían la misma condena en condiciones privativas de la libertad, mientras que los que no reconociesen su responsabilidad, podrían ser condenados a penas de prisión de hasta veinte años. El Artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 establece que las sanciones con arreglo a la JEP deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, y siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad⁵⁶. Los jueces de la JEP determinarán las sanciones caso por caso.

50. Si bien el Estatuto de Roma no prescribe el tipo o la duración específicas de las sanciones que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI, el derecho interno debe permitir un sistema de penas que apoye los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad por los crímenes más graves⁵⁷. En este contexto, las sanciones penales efectivas podrían ser de distinto tipo, en la medida en que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Estos objetivos podrían manifestarse a través de distintos medios,

⁵⁵ Oficina del Alto Comisionado para la Paz, [Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera](#) (Acuerdo Final de Paz), 24 de noviembre de 2016, pág. 164 y ss., parágs. 60–61, y el Listado de sanciones en la pág. 171 y ss. El tratamiento especial de la JEP es condicional a que se brinde verdad plena, reparación integral y garantías de no repetición. Las sanciones que conlleven una restricción efectiva de libertades y derechos exigen mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión.

⁵⁶ Acto Legislativo 01 de 4 de abril de 2017, Artículo transitorio 13. Las sanciones podrán ser sanciones propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en el Acuerdo Final de Paz.

⁵⁷ Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, 17 de julio de 1998, Preámbulo, párrafo 4.

como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de otras conductas criminales.

51. Que las condenas sean compatibles con los principios del Estatuto de Roma dependerá de las circunstancias particulares del caso. La Fiscalía ya ha expresado su posición de que una suspensión total de la pena sería manifiestamente inadecuada, puesto que impediría *de facto* el castigo de individuos con la mayor responsabilidad por la comisión de crímenes graves⁵⁸. En un contexto de justicia transicional, la disminución de las penas es concebible en la medida que la persona condenada satisfaga determinadas condiciones que podrían justificar una sentencia atenuada, como el reconocimiento de responsabilidad penal, las garantías de no repetición, y la participación plena en mecanismos para establecer la verdad, entre otros. Respecto de las penas no privativas de libertad, la Fiscalía consideraría otros factores principales para determinar si son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, que incluyen, pero no se limitan, a la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricciones a la libertad.
52. La efectividad de las penas que conllevan restricciones de libertades y derechos con arreglo a la JEP dependerá de la naturaleza y los alcances de las medidas que, combinadas, formarían una sanción y si, en las circunstancias particulares de un caso, cumplirían adecuadamente los objetivos de la pena y brindarían una reparación a las víctimas. El cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustren el objeto y fin de la pena.

VI. CONCLUSIÓN

53. La definición de responsabilidad del mando incluida en el Acto Legislativo 01 se aparta del derecho internacional consuetudinario y, en consecuencia, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales. La definición parecería revivir consideraciones *de jure* para establecer si un superior podría ser considerado responsable por no haber prevenido o castigado a sus subordinados, y podría dar

⁵⁸ Carta de la Fiscal de la Corte Penal Internacional al Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu, 26 de julio de 2013.

lugar a la sustracción de la responsabilidad penal de individuos que tienen la mayor responsabilidad por actos atroces.

54. Con respecto a la definición de “graves” crímenes de guerra, el requisito de que la conducta haya sido cometida de forma *sistemática* podría conducir a que se concedan amnistías, indultos o renuncias a la persecución penal a individuos responsables por crímenes de guerra bajo la jurisdicción de la CPI que no hubiesen sido cometidos de forma sistemática. Esto sería inconsistente con la jurisdicción de la Corte con arreglo al Estatuto de Roma y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario. Las ambigüedades para determinar si una persona ha tenido una participación activa o determinante en la comisión de crímenes graves podría llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial, como la renuncia a la persecución penal, a individuos responsables por contribuciones importantes a crímenes graves, aun cuando éstas hayan sido de manera indirecta o a través de una omisión culpable.
55. Por último, la efectividad de las penas que involucran restricciones de libertades y derechos dependerá de la naturaleza y alcances de las medidas que, combinadas, podrían conformar una sanción, así como también de su implementación efectiva, de un sistema riguroso de verificación, y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción no frustra el objeto y fin de la pena.
56. El marco establecido por la legislación de implementación de la JEP muestra los esfuerzos de Colombia por establecer un sistema de justicia diseñado para lograr la rendición de cuentas de los perpetradores de los crímenes más graves. A estos fines, la legislación disponible para la JEP debe permitir que los individuos responsables por conductas que constituyan crímenes del Estatuto de Roma sean llamados a responder ante la justicia.



Fatou Bensouda

Fiscal de la Corte Penal Internacional

Firmado el 18 de octubre de 2017

En La Haya, Países Bajos