

FRAGMENTACIÓN DE LA COSA JUZGADA RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR ANTE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: ESTATUTO DE ROMA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL E INTERNACIONAL POR “FALSOS POSITIVOS”

Semillero de Derecho Procesal
de la Universidad Libre de Colombia¹

Ángela Daniela Torres Gutiérrez,
Laura Lorena Ardila Ávila,
Valeria Carolina Suarez Sosa

Director del Semillero: Alejandro Guerrero Torres

Resumen

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal que confiere a las sentencias o providencias expedidas por un juez o autoridad competente el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. En la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se busca proteger esta institución mediante los principios de seguridad jurídica, debido proceso y estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias, entre otros; sin embargo, la cosa juzgada se ve fragmentada en este modelo de justicia transicional.

¹ Artículo inédito de investigación

Artículo inédito. Recibido el 8 de septiembre de 2018 – Aprobado el 15 de septiembre de 2019.

Para citar el artículo: MORRIS PORRAS, María Alejandra; DIAGAMA AMADOR, Jessica Milena; et ad. FRAGMENTACIÓN DE LA COSA JUZGADA RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR ANTE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: ESTATUTO DE ROMA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL E INTERNACIONAL POR “FALSOS POSITIVOS”. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 9, Julio - Diciembre de 2019. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 39-64.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XIX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 5, 6 y 7 de septiembre del 2018, en la ciudad de Cali.

Los autores son estudiantes de Derecho de la Universidad Libre de Colombia que hicieron parte del grupo de Derecho Procesal, dirigido por el Dr. Alejandro Guerrero Torres

Al hacer una lectura del artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017: “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, que versa sobre responsabilidad del superior de la Fuerza Pública, y compararlo con el artículo 28 del Estatuto de Roma, es ostensible que el primero entra en contravención con el segundo arriesgando así la cosa juzgada. De esta manera lo ha determinado la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, quien además de haber expresado su ánimo de que el Estado cumpla con la responsabilidad internacional de acatar los mandatos establecidos en el Estatuto de Roma, también manifestó su intención de iniciar investigaciones en contra de los altos mandos militares que estuvieren presuntamente involucrados en casos de ejecuciones extrajudiciales; del mismo modo, denotó que el artículo 24 transitorio era impotente para determinar la responsabilidad de los altos mandos de la Fuerza Pública en estos hechos. Basándose en lo anterior, es factible que, de proferir sentencias absolutorias a la luz del artículo 24 transitorio, Bensouda decidiera iniciar de oficio una investigación en contra de los procesados y, posteriormente, a la luz del artículo 20 del Estatuto de Roma –que faculta a la CPI para iniciar un proceso en contra de alguien que ya hubiere sido juzgado si considera que el proceso no fue imparcial u obedecía al ánimo de sustraer al procesado de responsabilidad–, se iniciare un proceso en contra de ellos rompiendo así la cosa juzgada que la JEP busca garantizarle a los procesados.

En consecuencia, es de suma importancia reconsiderar la redacción del artículo 24 transitorio para que este se ajuste al artículo 28 del Estatuto de Roma (ER).

Palabras clave: cosa juzgada, responsabilidad, justicia especial para la paz, falsos positivos.

Abstract

The thing judged is a procedural legal institution that gives the sentences or orders issued by a judge or competent authority the character of immutable, binding and final. The Special Jurisdiction for Peace (JEP) seeks to protect this institution through the principles of legal certainty, due process and stability, effectiveness and compliance with resolutions and sentences, among others; however, the thing judged is fragmented in this model of transitional justice.

When reading a transitory article 24 of Legislative Act 01 of 2017: “By means of which a title of transitory provisions of the constitution for the termination of the armed conflict and the construction of a stable and lasting peace is created and other provisions are

dictated ", Which deals with the responsibility of the superior of the Public Force, and comparing it with article 28 of the Rome Statute, it is obvious that the former enters into contravention with the latter thus risking the thing judged. In this way, the Prosecutor of the International Criminal Court (ICC), Fatou Bensouda, who, in addition to expressing his encouragement for the State to comply with the international responsibility to comply with the mandates established in the Rome Statute, also stated his intention to initiate investigations against the high military commanders who were allegedly involved in cases of extrajudicial executions; similarly, he indicated that transitory article 24 was impotent to determine the responsibility of the high command of the Public Force in these events.

Based on the foregoing, it is feasible that, when issuing acquittal sentences in the light of the transitory article 24, Bensouda decided to initiate an investigation against the defendants ex officio and, subsequently, in the light of article 20 of the Rome Statute - which empowers to the ICC to initiate a process against someone who has already been tried if it considers that the process was not impartial or obeyed the intention of subtracting the process of responsibility-, a process against them will be initiated thus breaking the judged thing that The JEP seeks to guarantee the defendants.

Consequently, it is of the utmost importance to reconsider the wording of the transitory article 24 so that it conforms to article 28 of the Rome Statute (ER).

Key words: res judicata, responsibility, special justice for peace, false positives.

INTRODUCCIÓN

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es un modelo de justicia transicional creado tras la firma de los Acuerdos del Teatro Colón suscritos en el año 2016 entre el gobierno colombiano y las FARC (EP) cuya función es judicializar a los actores del conflicto armado otorgándoles penas alternativas y buscando la verdad como principal instrumento de reparación a las víctimas; por lo tanto, es de suma importancia que este modelo de justicia transicional se desarrolle de manera óptima puesto que es la piedra angular para cerrar un capítulo de más 50 años de conflicto armado en Colombia.

El artículo tres del reglamento general de la JEP establece que uno de sus objetivos es el de tomar decisiones que concedan seguridad jurídica a quienes participaron en el conflicto armado interno de manera directa o indirecta mediante la comisión de conductas que constituyan violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario². Así mismo, en el artículo siguiente, dentro de los principios

² COLOMBIA. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. Acuerdo 001 de 2018. (09, marzo, 2018). Reglamento general.

rectores de la JEP, se encuentran la seguridad jurídica, el debido proceso y la estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias³. Para lograr el efectivo cumplimiento de estos principios, es necesario garantizar que la institución jurídico procesal de cosa juzgada se instaure sobre sus sentencias de manera sólida. Empero, en el Acto Legislativo 01 de 2017 “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, se pone en riesgo la institución de cosa juzgada puesto que la noción de responsabilidad de mando establecida en el artículo 24 transitorio entra en contravención con el artículo 28 del Estatuto de Roma al constituir unos presupuestos demasiado minuciosos para determinar la responsabilidad del superior.

Conforme a lo anterior, al absolver un superior militar bajo la aplicación del artículo mencionado, el Estado colombiano estaría incumpliendo con el compromiso internacional de acatar los mandatos del Estatuto de Roma, deber adquirido al momento de ratificarlo. Así lo considera la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI), Fatou Bensouda, quien ha expresado su desacuerdo con el Artículo 24 transitorio y su ánimo de hacer que se cumpla lo establecido en el Estatuto de Roma. Con base en lo anterior y conforme a las disposiciones del Estatuto de Roma que versan sobre Cosa Juzgada, la Corte Penal Internacional tiene la facultad de no reconocer esta institución jurídico-procesal sobre las sentencias absolutorias que sean proferidas a favor de los altos mandos del ejército bajo la aplicación del Artículo transitorio 24.

En el siguiente texto, tomando como ejemplo el caso del General (r) Mario Montoya Uribe, se expone rigurosamente cómo la institución de cosa juzgada, y los principios expuestos con anterioridad, en la práctica, no se le estarían garantizando a los altos mandos de la Fuerzas Militares exponiéndolos a ser investigados por la fiscal de la CPI, Fatou Bensouda.

1. ¿QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD DE MANDO?

La noción de responsabilidad de mando es tan antigua como la guerra misma. Es una figura del Derecho Penal Internacional bajo la cual los superiores son considerados responsables de los crímenes cometidos por sus subordinados siempre que existan tres elementos: “(i) la existencia de una relación superior subordinado de control efectivo, ya sea de facto o de iure (ii) que el superior sabía o debía saber que el acto criminal iba a

³ *Ibíd.*

ser o había sido cometido y (iii) que el superior omitiere tomar las medidas necesarias para prevenir o castigar el ilícito⁴.

Cabe resaltar que en esta institución la responsabilidad del superior surge de una omisión tras no haber hecho todo lo que estuviere a su alcance para impedir que su subalterno cometiera la conducta antijurídica, o no haberla castigado al enterarse de ella. "Se trata de una omisión culpable porque el Derecho Internacional impone un deber afirmativo para los superiores de prevenir y castigar los crímenes cometidos por sus subalternos⁵". Aunque esta responsabilidad tiene una gran tradición histórica, desde la China de Sun Tzu, pasando por el Sacro Imperio Romano Germánico, el reconocimiento de la institución se produjo luego de la Segunda Guerra Mundial y su avance se ha logrado a través del desarrollo jurisprudencial, su primer reconocimiento el de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso del general Yamashita⁶ - general japonés quien, en el año 1945, fue declarado culpable y posteriormente condenado por conductas cometidas por sus subordinados contra civiles filipinos las cuales se determinaron que él debió haber sabido y evitado- y se encuentra positivizado, principalmente, en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional Número I a los convenios de Ginebra y en el artículo 28 del Estatuto de Roma.

2. RESPONSABILIDAD DE MANDO EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y EL ESTATUTO DE ROMA

En el año 1977 aparece el primer instrumento internacional que reconoce formalmente la institución de la Responsabilidad de Mando, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra que en su artículo 86 establece que:

El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba come tiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.⁷

⁴ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. La responsabilidad de los superiores en el Derecho penal internacional (tesis de grado sin publicar), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2009.

⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho penal internacional [sic]. 1 ed. Bogotá: Legis Editores, 2011, p. 56.

⁶ WINTER ETCHEBERRY, Jaime. La responsabilidad de los superiores en el Derecho penal internacional (tesis de grado sin publicar), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2009.

⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho penal internacional [sic].

⁷ NACIONES UNIDAS. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I), 16 ILM 1391 (1977), Artículo 86 (2).

Así mismo, en el artículo 87 se establece que los comandantes militares deben tomar las medidas necesarias para impedir, reprimir, castigar o denunciar, según sea el caso, tales conductas.

Posteriormente, en 1993, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia aplica esta institución utilizando la expresión “responsabilidad del superior” extendiendo esta doctrina a superiores no militares; esto fue determinante para la posterior redacción del artículo 28 del Estatuto de Roma en 1998 la cual lo regula de la siguiente manera:

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

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo sumando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento⁸.

Soportándose en lo dispuesto por el artículo anterior se puede inferir que, para considerar al superior penalmente responsable, deben demostrarse los siguientes elementos objetivos: “(i) la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, (ii) una relación jerárquica militar o civil entre el superior y la persona o personas que cometan la conducta delictiva, (iii) el mando y control efectivo, o la autoridad y control efectivo por

⁸CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1998 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 37 ILM 1002 (1998), Artículo 28.

parte del superior sobre la(s) persona(s) que comete(n) la conducta criminal, (iv) en el caso de un superior no militar, la conducta delictiva se refiere a actividades dentro de la responsabilidad y el control efectivo del superior, (v) que el superior no haya adoptado medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o someter los delitos a las autoridades competentes y (vi) un vínculo causal entre el fracaso del superior al ejercer un control inadecuado y la comisión de la conducta delictiva.”⁹

3. LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 01 DE 2017 Y SU INCOMPATIBILIDAD CON EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA

La definición jurídica de Responsabilidad de Mando establecida en el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 es la siguiente:

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*

⁹ EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Amicus Curiae. Berlín: 2017. P. 10.

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.¹⁰

La redacción de este artículo ha sido reiteradamente criticada en razón a los requisitos de control efectivo y conocimiento presunto, incluso en relación con los criterios recientemente añadidos para demostrar el control efectivo¹¹. Su principal crítica ha sido la Corte Penal Internacional, órgano que, el 4 de diciembre de 2017, tras la visita a Colombia que realizó la fiscal Fatou Bensouda, emitió a través de su fiscalía un “Informe sobre las actividades de examen preliminar”, en el cual se manifestó con claridad la posición de este órgano internacional frente a la responsabilidad de mando planteada por el Acto Legislativo No. 01 de 2017. La Corte argumenta que “el Artículo transitorio 24, 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 formal.”¹² Lo anterior en razón a que el literal b del Artículo 24 del acto legislativo en mención establece que, para determinar que el superior tuviere control efectivo de la conducta, este debe tener capacidad legal y material de emitir órdenes lo cual, resulta contrario al artículo 28 del Estatuto de Roma por cuanto este determina que la responsabilidad del superior de evitar o castigar la conducta no surge de su capacidad de *jure* si no de *facto* o material; más aún, si, debido a la cercanía o la distancia del superior con el autor en la cadena jerárquica, el superior realmente poseía control efectivo es, en el Derecho Penal Internacional, una asunto de prueba, no de derecho sustantivo. Además, el artículo objeto de crítica establece control efectivo sobre “la respectiva conducta” o sobre “los actos de sus subordinados” limitando aún más la adjudicación de responsabilidad al superior en comparación con lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma que se refiere al control efectivo sobre el subordinado en sí y no sobre la conducta *per se*.

¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 01 de 2017 (04, abril, 2017) Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

¹¹ EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Amicus Curiae. Berlín: 2017. P.6.

¹² OFFICE OF THE PROSECUTOR, International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2017.

Por otro lado, este artículo también establece como requisito para la determinación de responsabilidad de mando “[q]ue la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando [...]”¹³.

Para este punto, el Amicus Curiae realizado por el “*European Center for Constitutional and Human Rights*” hace una comparación con el *Caso Bemba*. En este, la Corte Penal Internacional encontró a Jean-Pierre Bemba, ex vicepresidente de la República Democrática del Congo, culpable de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad cometidos en la República Centroafricana por sus subordinados, aun cuando estos ocurrieron fuera de su área de responsabilidad puesto que se determinó que ejercía control efectivo sobre sus tropas y tenía conocimiento sobre la comisión de los crímenes que se llevaban a cabo en la República Centroafricana¹⁴. Así mismo, en esta sentencia se estableció la diferencia entre “unidad de mando” y “control efectivo” explicando con respecto a la primera que: “[p]ara el buen funcionamiento de un ejército, solo puede haber un individuo en mando de una unidad específica y en un momento en particular”. No obstante, el poder material para prevenir, reprimir o someter la conducta delictiva a las autoridades competentes “no debe ser un poder exclusivo y múltiples superiores pueden ser conjuntamente responsables de las acciones de sus subordinados”¹⁵. También se aclaró que es irrelevante si existen otros sujetos en el medio como resultado de un orden jerárquico y se reiteró que la responsabilidad puede ser tanto de *jure* como de *facto*. Si en este caso se hubiese aplicado la norma objeto de crítica, el acusado no habría sido condenado ya que los hechos no ocurrieron en su área de responsabilidad y no tenía autoridad de *jure* sobre los sujetos que realizaron estas conductas.

Por otra parte, en el Artículo transitorio 24 se establece un requisito *mens rea* (término latín que traduce “mente culpable”, es un elemento para determinar la conciencia de la comisión de la conducta punible por parte del sujeto activo) más restringido pues no incluye el estándar de “hubiere debido saber” si no que ese refiere a “el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta.” Lo anterior contradice lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de Roma por cuanto este establece un estándar de *mens rea* el cual dispone que, en razón al contexto en el que sucedió y la información de la que disponía, el comandante

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 01 de 2017 (04, abril, 2017) Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

¹⁴ EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Amicus Curiae. Berlín: 2017. P. 14.

¹⁵ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Sentencia no. ICC-01/05-01/08. Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. P. 342. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF.

“hubiere debido saber” que sus subalternos habían cometido esos crímenes o se proponían ello¹⁶.

Cabe aclarar que los elementos establecidos en el Artículo transitorio 24 son individualmente enumerados como acumulativos para cumplir el requisito probatorio lo cual representa una carga excesiva de prueba para los fiscales¹⁷.

4. POSICIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La fiscal de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda ha manifestado en más de una ocasión, especialmente mediante los informes¹⁸ anuales del examen preliminar¹⁹ sobre el Estado colombiano, su preocupación y especial interés por las ejecuciones extrajudiciales conocidas como falsos positivos (que son casos falsamente reportados en los informes oficiales como bajas en combate de miembros de grupos insurgentes por las Fuerzas Militares, muertes reportadas como consecuencias positivas en la acción contra grupos ilegales; posteriormente, tras múltiples denuncias, se demostró que eran acciones contra la población civil no combatiente. El nombre de falsos positivos les fue adjudicado por el periodismo investigativo para dar a entender la información fácilmente.²⁰); de esta postura nacen sus reservas respecto al planteamiento de la responsabilidad de mando en los acuerdos de paz por cuanto teme que los altos mandos del ejército no respondan penalmente por estos hechos. Bien es sabido que, a pesar de la existencia de un gran número de generales de los cuales se presume su participación en estos hechos en razón a testimonios de víctimas y jerarquías intermedias y bajas del ejército así como informes de la ONG americana *Human Rights*, solo uno de ellos ha sido llamado a juicio, el general Henry Torres Escalante²¹. En lugar de esto, muchos de ellos fueron ascendidos y tras un informe presentado por *Human Rights Watch* en el año 2015, varios de ellos fueron retirados de la institución para luego ocupar importantes cargos como es el caso del señor Jaime Lasprilla Villamizar quien estuvo al mando de una brigada que se presume

¹⁶EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 con respecto a la responsabilidad de mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Amicus Curiae*. Berlín: 2017. P. 15.

¹⁷ *Ibíd.* P. 13.

¹⁸ OFFICE OF THE PROSECUTOR, International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2016. Situación en Colombia. P.3.

¹⁹ OFFICE OF THE PROSECUTOR, International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2015. Situación en Colombia y Honduras. P.11.

²⁰ QUINTERO MENDOZA, Juan Sebastián. Las desapariciones forzadas y los “falsos positivos”. Del derecho internacional al derecho administrativo colombiano. Bogotá D.C: Universidad del Rosario, 2016. P. 181.

²¹ El primer general que enfrenta juicio por los falsos positivos. En: *Revista Semana* [En línea]. (1, 29, 2017). Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/henry-torres-general-que-enfrenta-juicio-por-falsos-positivos/513541>

responsable del asesinato de 55 civiles entre 2006 y 2007²², años en los cuales ejercía como mayor general. Luego fue ascendido a comandante del ejército y posteriormente fue enviado a la embajada colombiana en Washington para trabajar como agregado de defensa²³.

Tras la firma de los acuerdos de paz se esperaba que, tanto las ejecuciones extrajudiciales como sus responsables, salieran a la luz en la Justicia Especial para la Paz y la comisión de la verdad. Sin embargo, bajo el Artículo transitorio 24, los altos mandos del ejército difícilmente serían hallados responsables por la comisión de estos delitos, factor que genera una gran preocupación en la Corte Penal Internacional; incluso, en marzo de 2018, durante su visita a Colombia, anunciaron sus intenciones de iniciar investigaciones en contra de, al menos 10 generales entre los cuales se encuentran los generales (r) Mario Montoya, Jaime Lasprilla, Óscar González, Luis Pico Hernández, Paulino Coronado y José Joaquín Cortés; esto por considerar negligentes las investigaciones en su contra que adelanta la jurisdicción de nuestro país. Además, plantean la tesis de que, al responder estos homicidios a la búsqueda de un incentivo personal por parte de los sujetos activos, no fueron cometidos en razón al conflicto y por ende deberían ir a la justicia ordinaria, tesis que comparte el director de la ONG *Human Rights Watch*, José Miguel Vivanco²⁴.

5. COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma fue ratificado por Colombia el 5 de agosto de 2002 y entró en vigencia el 1ero de noviembre del mismo año; por lo tanto, cualquiera de los crímenes que le competan la Corte según las disposiciones de Estatuto de Roma que hayan tenido lugar después del 1ero de noviembre del 2002 son de su competencia; salvo los crímenes de guerra sobre los cuales se dispuso no reconocerla por un periodo de siete años siguientes a la entrada en vigencia del tratado. En primer lugar, respecto a la temporalidad, las ejecuciones extrajudiciales iniciaron presuntamente en el año 2005 tras la expedición de la ministerial 029 por parte del Ministerio de Defensa Nacional mediante la cual este establecía los criterios para el pago de recompensas por la captura o abatimiento en combate de cabecillas de organizaciones armadas al margen de la ley, entre otras cosas, esto quiere decir que fueron realizados después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y por ello la CPI tiene competencia sobre ellos; en segundo lugar, respecto a los crímenes de competencia de la CPI, las ejecuciones extrajudiciales cumplen

²² HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia. Eventos de 2017. [En línea.] Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2018/country-chapters/313305>

²³ PEÑA, Mariana. Federación Internacional de Derechos Humanos. Colombia: La guerra se mide en litros de sangre. Junio de 2012.

²⁴ REDACCIÓN JUDICIAL. CPI regresa a Colombia: ¿abrirá investigación a generales? En: El Espectador [En línea]. (14, marzo, 2018). Disponible en: <https://colombia2020.elespectador.com/justicia/cpi-regresa-colombia-abrira-investigacion-generales>

con las características de crímenes de lesa humanidad (los cuales, de conformidad con el artículo 5to son competencia de la corte) conforme a lo dispuesto en el artículo 7mo del estatuto puesto que se trata de actos de asesinato y desaparición forzada como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque como política de una organización²⁵, en este caso, el ejército nacional.

Tras haber dejado claro que, tanto las características de estas conductas cometidas por la fuerza pública, así como su temporalidad, corresponden a conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional se estudiará si el artículo 28 del Estatuto de Roma es o no vinculante para el Estado colombiano.

El general del ejército Jaime Luis Barrera, presidente de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (ACORE), un fuerte opositor a la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma, sostiene que la regulación internacional de la responsabilidad de mando, como la establecida en el artículo 28 del Estatuto de Roma, no es aplicable en Colombia, no sólo porque, según él, la Corte Constitucional habría dicho en la sentencia C-290 de 2012, que ese artículo no hace parte del bloque de constitucionalidad, sino que incluso habría sostenido en otras sentencias, como la C-578 de 2002 la cual revisó la incorporación del Estatuto de Roma al orden jurídico colombiano, que ese artículo 28 establecía un trato distinto al previsto en la Constitución, por lo que era inaplicable internamente²⁶. Sin embargo, resulta bastante sencillo desvirtuar este argumento simplemente citando el artículo 120 del estatuto que versa sobre las reservas y establece que “[n]o se admitirán reservas para el presente tratado²⁷”. Aun así, suponiendo que el constituyente hubiere pasado por alto este artículo, en la sentencia C-578 de 2002 la “reserva” (cabe aclarar que en ningún momento dentro de esta sentencia la corte se refiere explícitamente a esta noción) que hace la corte frente al artículo 28 del Estatuto de Roma es únicamente frente a la responsabilidad de superiores civiles sobre lo cual, dice la sentencia que, “[e]ste sistema de responsabilidad especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional.²⁸” No obstante, en lo que respecta a jefes militares, dice que tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico e incluso lo

²⁵ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1998 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), 37 ILM 1002 (1998). Artículo 7.

²⁶ UPRIMNY, Rodrigo. Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado. En: La Silla Vacía. [En línea.] (27, febrero, 2017) Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

²⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1998 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 37 ILM 1002 (1998). Artículo 20.

²⁸ Colombia. Corte Constitucional. SENTENCIA C-578 DE 2002. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (30, julio, 2002).

reafirma citando la sentencia SU-1184 de 2001. Incluso, en la sentencia C-801 de 2009 se reitera esta posición de la siguiente manera:

"En el artículo 28, que se ocupa, de una parte, de la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando; [...] En relación con el primer aspecto, la Corte no encontró objeción alguna, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y aplicado la doctrina penal de la llamada "posición de garante" referida a la fuerza pública, concretamente, en la Sentencia SU-1184 de 2001. De acuerdo con dicha sentencia, en Colombia, "la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto" [...]"²⁹.

Por otro lado, para controvertir el argumento respecto de la sentencia C-290 de 2012, vale hacer la aclaración de que, si bien es cierto que en esta sentencia no se incluye el artículo 28 entre los artículos de Estatuto de Roma que son parte del Bloque de Constitucionalidad, contrario a lo que argumenta el general Barrera, tampoco dice que no lo sea. Además, la corte dice que "[...] ha preferido determinar, caso por caso, qué artículos del Estatuto de Roma, y para qué efectos, hacen parte del bloque de constitucionalidad.³⁰", y, hasta el momento, la corte aún no ha revisado un caso en el que se deba aplicar la institución de responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma que los lleve a decidir sobre su inclusión en el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, al ser uno de los elementos principales para que estas normas ingresen al bloque de constitucionalidad el que protejan el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos³¹, el principio de responsabilidad de mando debería de ser incorporado al bloque de constitucionalidad en razón a que es una institución creada por el Derecho Internacional Humanitario para evitar infracciones sobre el mismo y para proteger los Derechos Humanos.

En síntesis, al no existir ninguna reserva sobre el artículo 28 del Estatuto de Roma respecto de la responsabilidad del superior militar sino, por el contrario, se reconoce su armonía con el ordenamiento jurídico interno, y, al versar sobre un aspecto importante que busca proteger el Derecho Internacional Humanitario, la Corte tiene la competencia para exigir su cumplimiento al Estado Colombiano toda vez que, en el año 2002 Colombia ratificó esta norma internacional incorporándola al ordenamiento jurídico mediante la Ley 742

²⁹ Colombia. Corte Constitucional. SENTENCIA C-801 DE 2009. Magistrado ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (10, noviembre, 2009)

³⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. SENTENCIA C-290 DE 2012. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (18, abril, 2012)

³¹ UPRIMNY, Rodrigo. Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado. En: La Silla Vacía. [En línea.] (27, febrero, 2017) Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>.

de 2002 y como consecuencia de ello, no solo ha aceptado la competencia de la Corte Penal Internacional sino que además, a la luz del principio de *pacta sunt servanda*, el Estado tiene la obligación de respetar y cumplir las disposiciones de las normas internacionales que ha decidido ratificar; en este caso, el Estatuto de Roma.

6. FRAGMENTACIÓN DE LA COSA JUZGADA FRENTE AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

La cosa juzgada, es la calidad que adquieren las sentencias y resoluciones definitivas de los jueces cuando se han agotado todos los recursos destinados a impugnarlas y se tornan irrevocables. Se trata de una institución jurídica vinculada tradicionalmente a la idea de evitar un pronunciamiento sobre un asunto decidido anteriormente³².

Como ya se mencionó, no existe ningún superior militar condenado por ejecuciones extrajudiciales, sin embargo, la Fiscalía General de la Nación adelanta investigaciones en contra de, al menos, 29 altos mandos del ejército por estos hechos³³. Cuando, eventualmente, estos casos lleguen a la JEP obtengan sentencias absolutorias ¿podría el Estado realmente garantizarles que esas providencias constituyeran una cosa juzgada en *stricto sensu*?; en este punto es pertinente citar el artículo 20 numeral 3 del Estatuto de Roma:

"3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia."

La CPI en informe sobre el Estado colombiano del 2017, manifestó que: "el hecho de que el Artículo transitorio 24 se aparte de la norma internacional, podría frustrar los esfuerzos de Colombia por cumplir sus obligaciones de investigar y juzgar los crímenes internacionales (...), esto socavaría de manera importante la aplicación del principio de la responsabilidad del mando y pondría en duda si esos procesos estuvieron viciados por

³² GARROTE, Emilio Alfonso. Cosa Juzgada constitucional sui generis y efectos de las sentencias del tribunal constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Santiago: Estudios constitucionales Vol. 10 no2, 2012.

³³ REDACCIÓN JUDICIAL. CPI 29 generales y coroneles, en la mira de la CPI por ejecuciones extrajudiciales. En: El Espectador [En línea]. (9, julio, 2017). Disponible en: <https://colombia2020.elespectador.com/jep/29-generales-y-coroneles-en-la-mira-de-la-cpi-por-ejecuciones-extrajudiciales>

la incapacidad o la falta de disposición de llevarlos realmente a cabo³⁴. Por lo tanto, a raíz de la concepción de la Corte, es procedente que no reconozcan la Cosa Juzgada sobre las sentencias absolutorias que se obtengan tras aplicar esta norma e investiguen de oficio a quienes obtengan este tipo de providencias. Adicionalmente, el organismo internacional ha manifestado la intención de intervenir para resolver estos casos tal y como lo ha manifestado a través de la fiscal Fatou Bensouda, al igual que mediante un documento de 36 páginas que le dirigió al Gobierno colombiano a principios del año 2017 en el cual condensó su intención de investigar cinco casos en los que están implicados 23 generales y seis coroneles, tanto activos como retirados, en 1.228 hechos conocidos como falsos positivos³⁵; así mismo, la fiscal solicitó acceder directamente a los archivos de la fiscalía para revisar el avance de las investigaciones en contra de algunos generales entre los que se encuentran los generales (r) Mario Montoya, Jaime Lasprilla, Óscar González, Luis Pico Hernández, Paulino Coronado y José Joaquín Cortés³⁶.

En resumen, lejos de favorecer a los jefes militares que se acojan a la JEP, con la norma objeto de análisis, se están generando consecuencias adversas para ellos tal y como se ha venido exponiendo en este texto.

7. PRUEBA DE LA INEFICACIA DEL ARTÍCULO APLICÁNDOLO A UN CASO EXISTENTE: GENERAL RETIRADO MARIO MONTOYA URIBE

NOTA: Cabe aclarar que se toma el caso del General Montoya únicamente como ejemplo para demostrar la contradicción entre las normas ya especificadas. Junto con él son 23 los generales y 6 coroneles sobre los cuales la Corte Penal Internacional expresó su intención de abrir investigaciones³⁷. A la fecha de elaboración de este texto el General Montoya no ha expresado su definitivo ánimo de acogerse o no a la JEP.

7.1. DESCRIPCIÓN DEL CASO

El general en uso de retiro Mario Montoya Uribe se desempeñó como Comandante de la IV Brigada en Antioquia entre 2001 y 2003, posteriormente como Comandante de la Séptima División del Ejército Nacional hasta el 2006 y Comandante del Ejército de Colombia hasta el 2008³⁸. Según un informe de la ONG Human Rights Watch, durante el

³⁴ OFFICE OF THE PROSECUTOR, International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2017.

³⁵ REDACCIÓN JUDICIAL. CPI regresa a Colombia: ¿abrirá investigación a generales? En: El Espectador [En Línea]. (14, marzo, 2018). Disponible en: <https://colombia2020.elespectador.com/justicia/cpi-regresa-colombia-abrira-investigacion-generales>

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ PEÑA, Mariana. Federación Internacional de Derechos Humanos. Colombia: La guerra se mide en litros de sangre. Junio de 2012.

período que ejerció como Comandante de la IV Brigada de Antioquia se perpetuaron al menos 44 ejecuciones extrajudiciales conocidas como “falsos positivos”; además, durante el periodo en el que fue comandante de la Séptima División se presentó el mayor número de bajas por parte de esta³⁹ y ocurrió lo mismo cuando fue ascendido a Comandante del Ejército.

Al menos desde el año 2015 la Fiscalía General de la Nación adelanta investigaciones en su contra por ejecuciones extrajudiciales perpetradas durante sus diferentes comandancias; específicamente es investigado desde el caso de los jóvenes de Soacha que fueron asesinados en el Norte de Santander⁴⁰ –escándalo que lo llevo a retirarse del ejército en el año 2008 para, posteriormente, ser nombrado como embajador de Colombia en República Dominicana⁴¹-. Consideran que Montoya es responsable de implementar una política de presión por resultados que llevó a que se cometieran los denominados “falsos positivos”.⁴² Según Adolfo Guevara Cantillo, alias “101”, quien fue subalterno de Montoya y miembro de las AUC, la “política” de Montoya era: *a mí no me traigan capturados, denlos de baja y si no hay bajas miren a ver como hacen*⁴³. Por estos hechos, en marzo 2016, Montoya fue citado a audiencia de imputación de cargos; sin embargo, dicha audiencia fue suspendida y al día de hoy no se ha realizado.

El entonces Coronel Robinson del Río -quién fue capturado en el 2014 y confesó haber perpetrado 27 falsos positivos- expresó ese mismo año en entrevista con Noticias RCN que el General Montoya evaluaba el rendimiento según las bajas reportadas y exaltó que solía decir *yo lo que necesito son litros de sangre*⁴⁴. Así mismo, varios integrantes del Ejército que han aceptado responsabilidad en los “falsos positivos” manifestaron a la fiscalía que las unidades eran evaluadas por número de bajas; Montoya presionaba a comandantes para que aumentaran el número de muertes en combate y estos a su vez presionaban a sus subordinados e incluso amenazaban con sancionar a quienes no produjeran muertes guerrilleras. Del Río también manifestó a la fiscalía que:

³⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones civiles. 2015. P. 49.

⁴⁰Entrevista Fernando Rodríguez Kekán, Bogotá, 19 de abril de 2018.

⁴¹Ibid.

⁴²RIGHTS WATCH. El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones civiles. 2015. P. 38.

⁴³ GUILLEN, Gonzalo. Capitán del Ejército afirma que Álvaro Uribe dictaba órdenes para cometer asesinatos. [Entrevista.] La Silla Vacía (22, febrero, 2014) Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=X18GsQDWMZ0>

⁴⁴ “Acepto 27 muertes por falsos positivos”: González del Río, En: Semana. [En línea.] (6, septiembre, 2014) Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/gonzalez-del-rio-yo-acepto-27-muertes-por-falsos-positivos/391005-3>

"[En] programas radiales él les preguntaba a muchas unidades, "¿Cuánto lleva usted sin resultados operacionales?". [Ellos respondían] "Mi General, él día de ayer se hicieron dos capturas". [Y Montoya replicaba] "No, no, no hermano, resultados operacionales, somos un ejército en guerra, aquí lo que vale son las bajas". Los días que eran el miércoles a domingo los comandantes de las brigadas y de los batallones entraban en crisis porque sabían que el día lunes había que reportar bajas. Si no reportaban bajas, el comandante del Ejército los iba a vaciar [sic], los iba a llamar a atención, los amenazaba con relevarlos."⁴⁵

Aseguró que los comandantes eran recompensados con vacaciones, bonificaciones y días de descanso, y, del mismo modo, ordenó a los comandantes de brigadas y batallones que aplicaran estos incentivos a los soldados rasos que obtuvieran mayor número de muertes en combate. A su vez, quienes no presentaban un número considerable de resultados operacionales eran llamados a calificar servicios e, incluso, les acusaba de haber cometido alguna conducta de grave infracción a las normas para posteriormente destituirlos⁴⁶.

Como Del Río y Guevara son varios los implicados que han manifestado que la gran tasa de homicidios a población civil perpetrados por el Ejército en aquella época, —se estima que del 100% de las víctimas solo el 17,3% es atribuible a las guerrillas⁴⁷— fue el resultado de la presión que Montoya ejercía sobre los comandantes de las divisiones y estos, a su vez, sobre las brigadas creándose de esta manera una cadena que llegaba hasta los soldados rasos⁴⁸.

La fiscalía asegura que Montoya es responsable de los homicidios ya que estos se generaron como resultado de su política de calificar las unidades por número de bajas; además, hay que tener en cuenta que, un Comandante del Ejército es garante de la vida e integridad de la población civil y tiene, tanto la capacidad, como el deber jurídico de impedir que sus políticas no resulten en homicidios a civiles. Por su parte, Montoya expresó en su diligencia de interrogatorio que para él era imposible tener control sobre todo el Ejército y que era responsabilidad de los comandantes de división, brigada y de batallón evitar que sucedieran estos hechos. Sin embargo, algunos de los militares que han aceptado su participación en las ejecuciones extrajudiciales señalaron que las irregularidades eran tan evidentes que un Coronel con la experiencia de Montoya

⁴⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones civiles. 2015. P. 39.

⁴⁶ *Ibíd.* P.46.

⁴⁷ MONCAYO, Víctor Manuel. Hacia la verdad del conflicto, insurgencia guerrillera y orden social vigente. Bogotá: Comisión al entendimiento del conflicto armado en Colombia, Oficina de Alto Comisionado para la Paz. 2015. P. 72.

⁴⁸ HUMAN RIGHTS WATCH. El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones civiles. 2015. P.12.

difícilmente podría haber pasado por alto lo que estaba ocurriendo. Por ejemplo, en el año 2006, el Batallón de Ingenieros Pedro Nel Ospina fue el que reportó mayor número de bajas en combate lo cual no tenía sentido al tratarse de un batallón de ingenieros⁴⁹. Entre dichas irregularidades también se encontraban: el significativo y constante incremento de bajas en combate -al no haberse reportado que las guerrillas estuviesen reclutando una gran cantidad de milicianos lo lógico era que las bajas en combate fuesen disminuyendo-, el hecho de que la mayoría de bajas se presentaran como N.N, el armamento que portaban los occisos muchas veces no correspondía al que usualmente era utilizado por las guerrillas, el que la mayoría de bajas se daban fuera del área de base, la gran cantidad de delincuentes comunes que se informaron como caídos en enfrentamientos (la fuerza pública frente a los delincuentes comunes solo puede aplicar la fuerza letal en circunstancias muy específicas, como por ejemplo cuando esto es necesario para proteger una vida) que pasó de 27 en el 2004 a 325 en el 2007, las constantes denuncias públicas de ejecuciones extrajudiciales⁵⁰.

Sumado a lo anterior, el General Padilla León -quién fue Comandante de las Fuerzas Militares durante el periodo en el que Montoya se desempeñaba como Comandante del Ejército- señaló que, en el año 2007, aproximadamente una vez al mes se celebraban reuniones entre Montoya y otros comandantes y funcionarios de alto rango, entre los cuales se encontraba el entonces ministro de defensa Juan Manuel Santos y funcionarios del Comité Internacional de la Cruz Roja; en estas reuniones se hablaba del incremento en las denuncias contra el Ejército que realizaban algunos defensores del pueblo y hasta organismos como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. *Ergo*, se puede inferir que Montoya estaba al tanto de estas denuncias en razón a que asistía personalmente a dichas reuniones. Además, en su calidad de Comandante, tenía acceso a informes y documentos que versaban detalladamente sobre las muertes informadas por cada unidad y debió haber advertido las irregularidades dentro de estos. *Contrario sensu*, el General Jorge Arturo Salgado Restrepo dijo en interrogatorio a la fiscalía que Montoya no realizaba ninguna actividad para verificar que las bajas estuvieran bien hechas ni ordenaba a las diferentes divisiones que la hicieran⁵¹.

⁴⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: Nuevas evidencias contra ex jefe del Ejército. (20, diciembre, 2016) Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2016/12/20/colombia-nuevas-evidencias-contra-ex-jefe-del-ejercito>

⁵⁰ HUMAN RIGHTS WATCH. El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones civiles. 2015. P.9.

⁵¹ HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: Nuevas evidencias contra ex jefe del Ejército. (20, diciembre, 2016) Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2016/12/20/colombia-nuevas-evidencias-contra-ex-jefe-del-ejercito>

8. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO TRANSITORIO 24 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2017 AL CASO DEL GENERAL MONTOYA

Breve explicación del proceso mediante el cual un caso llega al Tribunal para la Paz

Cuando alguien sobre quien recae una investigación o proceso decide acogerse a la JEP, la Fiscalía General de la Nación deberá remitirle a esta toda la documentación concerniente a la investigación sobre él y sería la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas la encargada de evaluar si la conducta antijurídica sobre la cual es indiciado se cometió en razón al conflicto y, de considerarlo así, le daría la oportunidad de reconocer o negar su responsabilidad; de negarlo, esta sala remitiría el caso a la Unidad de Investigación y Acusación la cual determinaría si hay lugar o no a acusación alguna; con base a la investigación adelantada por la fiscalía se puede inferir que habría acusación sobre Montoya por lo cual iría a juicio ante el Tribunal para la Paz⁵².

Aspectos puntuales del artículo que no permitirían hallar responsabilidad de mando

Es necesario explicar que el ejército está organizado en divisiones que abarcan determinadas zonas del país, estas a su vez se encuentran sub divididas en brigadas - más o menos seis o siete por división- y por cada brigada se encuentran adscritos al menos seis o siete batallones los cuales están conformados por compañías formadas por pelotones que comprenden generalmente tres escuadras compuestas generalmente por doce soldados. A medida que va descendiendo la línea de mando cada órgano ejerce control sobre porciones más específicas del territorio y así mismo, cada uno de estos órganos tiene un comandante, es decir, que entre el Comandante del Ejército y el Comandante de escuadra hay cinco comandantes en la línea de mando.

a. El superior debe tener capacidad legal y material de emitir órdenes

Se impone tanto la capacidad legal como material de emitir ordenes de forma acumulativa, sin embargo, un superior puede tener una de ellas sin tener la otra; en primer lugar, respecto a la capacidad material, el Comandante del Ejército, en razón a su posición jerárquica, tiene la facultad de emitir órdenes sobre las líneas inferiores pero al no tener contacto directo con los Comandantes de Brigadas, batallones, y demás que se encuentran por debajo de los anteriores, no tiene capacidad material para emitir órdenes sobre ellos; en segundo lugar, respecto de la autoridad jurídica del superior para emitir órdenes, en el Derecho Penal Internacional, es solamente un indicador probatorio que

⁵² COLOMBIA. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. Acuerdo 001 de 2018. (09, marzo, 2018). Reglamento general.

un tribunal habrá de tener en cuenta para determinar si el superior tenía control efectivo, pero no es suficiente, y tampoco un requisito, para establecer la existencia de control efectivo⁵³.

b. Control efectivo sobre la respectiva conducta

Al ser una función del Comandante del Ejército la de coordinar las operaciones a través de los Comandantes de División y estos a través de los Comandantes de Brigada y así mismo en cada nivel de la cadena jerárquica, es nula la posibilidad de que un Comandante del Ejército tenga control sobre una conducta determinada en razón a que él no está presente en los enfrentamientos o el desarrollo de las operaciones o misiones llevadas a cabo por determinado batallón. De la misma manera ocurre con los Comandantes de División y Brigada. El control sobre la conducta parecería sugerir una interpretación más restrictiva de los alcances de la conducta de los subordinados por la que el superior podría ser responsabilizado, una restricción que no aparece en el derecho internacional consuetudinario ni en el Estatuto de Roma⁵⁴.

c. Que la conducta punible haya sido cometida dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando

Un Comandante del Ejército no tiene a su cargo una parte del territorio determinada ya que este es distribuido entre las diferentes divisiones y se va fraccionando sucesivamente siendo los batallones los que cubren territorios más específicos. Adicionalmente, considerar si la conducta fue cometida dentro del área de responsabilidad del superior, y además, si este tenía la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones asignadas a su unidad equivalen a un requisito de iure para establecer la existencia de control efectivo e ignora la realidad de los poderes que el superior tenía realmente⁵⁵.

d. Ausencia del estándar "hubiere debido saber"

Como se puede establecer a partir de la descripción del caso, no existe aún una prueba fehaciente de que el General Montoya haya tenido total conocimiento de quienes estaban cometiendo las ejecuciones extrajudiciales o qué bajas específicas eran en realidad falsos positivos, únicamente, se ha establecido que, al ser tan evidente, debió haberlo deducido.

⁵³ STWART, James. Deputy Prosecutor of the International Criminal Court. "EL ROL DE LA CPI EN EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA" En: conferencia organizada por The Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg en colaboración con la universidad Externado y la universidad EAFIT. (30 y 31, mayo, 2018: Bogotá y Medellín, Colombia). P.11.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

En síntesis, al aplicar este artículo en el caso que nos sirve de ejemplo, no sería de mayor dificultad para la defensa argumentar la ausencia de culpabilidad sobre Montoya y obtener una sentencia absolutoria. Así mismo puede pasar con varios de los demás generales investigados e incluso con algunos Comandantes de División.

En entrevista exclusiva realizada por las autoras de este texto, el día 19 de abril del 2018 en la ciudad de Bogotá, el abogado Fernando Rodríguez Kekan, funcionario del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos –comité que aboga por los derechos de un gran porcentaje de víctimas de ejecuciones extrajudiciales- y abogado defensor de varias de ellas, expresó la profunda preocupación, tanto de las víctimas como de sus defensores, sobre la posibilidad de que, tras años de lucha y constantes amenazas, no se hiciera justicia sobre los directos responsable y, peor aún, que no se llegue a esclarecer la realidad de los hechos. *A las víctimas finalmente ya no les importa sacrificar la justicia por la verdad; ellos quieren saber qué fue lo que en verdad pasó, quién dio las órdenes de acabar con la vida de sus seres queridos.* Así mismo, se tuvo acceso al escrito de acusación en contra del General (r) Torres Escalante quien es el único general que ha sido llamado a juicio por falsos positivos. Se le acusa, a título de co-autor, de homicidio en persona protegida siendo las víctimas los campesinos Roque Julio Torres y Daniel Torres Arciniegas, padre e hijo de 16 y 38 años a quienes, según el escrito de acusación, además del falso positivo pretendiendo hacerlos pasar por milicianos del ELN, buscaban silenciarlos tras haber testificado en dos casos de ejecuciones extrajudiciales cometidos en la zona por miembros de la XVI Brigada del Ejército en Casanare; estos hechos ocurrieron el 16 de marzo de 2007 en la vereda El Triunfo del municipio de Aguazul. Así mismo, en el escrito de acusación se expone que, a pesar de estarse investigando en ese caso el hecho puntual del homicidio de Daniel y Roque Torres, no quiere decir que el acusado, como mínimo, no haya tenido conocimiento de otras víctimas civiles presentadas como combatientes especialmente si se tiene en cuenta que la motivación para cometer este delito deriva de otros homicidios. Respecto de esto último, Rodríguez expresa que *afortunadamente encontraron evidencia suficiente para acusarlo a título de coautor porque si se hubiera aplicado la responsabilidad de mando hubiera podido resultar absuelto.* Torres ya hizo su solicitud para acogerse a la JEP a pesar de que se niega a aceptar los cargos en su contra.

Una sentencia absolutoria bajo condiciones similares a las presentadas por el ejemplo planteado en este texto, abre la puerta a la Corte Penal Internacional para no reconocer la cosa juzgada sobre ella por considerar que es parcial y busca sustraer de responsabilidad al imputado. Así pues, teniendo en cuenta que: (i) en virtud del artículo 20 del Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional puede no reconocer la cosa juzgada bajo los supuestos ya mencionados, (ii) que conforme al artículo 15 de la misma norma el fiscal de la corte puede iniciar de oficio una investigación -en este caso la fiscal Bensouda quien ya expresó su interés en ello- y (iii) que en virtud del artículo 13 del

estatuto la corte puede ejercer su competencia si uno de sus fiscales ha iniciado una investigación, la Corte Penal Internacional podría iniciar un proceso en contra de cualquiera de los altos mandos que obtuvieren sentencias absolutorias tras aplicar en sus casos el Artículo transitorio 24.

CONCLUSIÓN

1. Al emitirse una sentencia absolutoria a los altos mandos de la fuerza pública involucrados en el conflicto tras aplicarse el Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, no hay una garantía de que esta providencia constituya cosa juzgada en *stricto sensu* debido a la antinomia entre esta norma y lo establecido en el artículo 28 del Estatuto Roma y adicionalmente, a causa de los pronunciamientos expuestos por la fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda y la Corte misma, respecto de este tema. De esta manera, se está poniendo en riesgo, no solo la institución de la cosa juzgada, sino también, los principios establecidos en el artículo 4to del Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz tales como la seguridad jurídica, el debido proceso y la estabilidad, eficacia y cumplimiento de las resoluciones y sentencias.
2. Por lo tanto, es de suma importancia reescribir el artículo en mención para que se ajuste al artículo 28 del Estatuto de Roma bajo los siguientes parámetros:
3. Establecer un requisito *mens rea* que se cumpla, no solo con el conocimiento real y material de la conducta sino también, cuando se determine que el procesado hubiere debido saber que el hecho estaba ocurriendo o había ocurrido, partiendo de la información que tenía a su alcance o en razón a las circunstancias.
4. Suprimir el requisito de control efectivo sobre la respectiva conducta y ajustarlo para que dicho control deba ser sobre el subordinado.
5. Suprimir los calificativos "formal" y "material" tanto en el requisito de capacidad para emitir órdenes como en la capacidad de evitar la comisión de la conducta.
6. Suprimir el requisito de que la comisión de la conducta punible tenga lugar dentro del área asignada a la unidad bajo su mando.
7. Cabe hacer la salvedad de que, aunque al aplicar un artículo escrito de esta manera se hace más fácil hallar responsable al procesado, este puede acogerse a una de las penas alternativas establecidas en la Jurisdicción Especial para la Paz, las cuales son menos gravosas, y, se evitaría que la fiscal Fatou Bensouda iniciara

una investigación en su contra e, incluso, que en un futuro fueran llamados a juicio por la Corte Penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

"Acepto 27 muertes por falsos positivos": González del Río, En: Semana. [En línea.] (6, septiembre, 2014) Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/gonzalez-del-rio-yo-acepto-27-muertes-por-falsos-positivos/391005-3>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo No. 01 de 2017 (04, abril, 2017) Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-290 DE 2012. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (18, abril, 2012).

----- SENTENCIA C-578 DE 2002. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. (30, julio, 2002).

----- SENTENCIA C-801 DE 2009. Magistrado ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (10, noviembre, 2009).

COLOMBIA. JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. Acuerdo 001 de 2018. (09, marzo, 2018). Reglamento general.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1998 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 37 ILM 1002 (1998).

----- Sentencia no. ICC-01/05-01/08 (21, marzo, 2016). Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo.P. 342. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF.

El primer general que enfrenta juicio por los falsos positivos. En: Revista Semana [En línea.] (1, 29, 2017). Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/henry-torres-general-que-enfrenta-juicio-por-falsos-positivos/513541>

EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. Sobre la incompatibilidad del Artículo transitorio 24 del Acto Legislativo No. 01 de 2017 con

respecto a la responsabilidad de mando regulada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Amicus Curiae. Berlín: 2017.

GARROTE, Emilio Alfonso. Cosa Juzgada constitucional sui generis y efectos de las sentencias del tribunal constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Santiago: Estudios constitucionales Vol. 10 no2, 2012.

GUILLEN, Gonzalo. Capitán del Ejército afirma que Álvaro Uribe dictaba órdenes para cometer asesinatos. [Entrevista.] La Silla Vacía (22, febrero, 2014) Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=X18GsQDwMZ0>

HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia. Eventos de 2017. [En línea.] Disponible en: <https://www.hrw.org/es/world-report/2018/country-chapters/313305>

----- Nuevas evidencias contra ex jefe del Ejército. (20, diciembre, 2016) Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2016/12/20/colombia-nuevas-evidencias-contra-ex-jefe-del-ejercito>

----- El rol de los altos mandos en falsos positivos: evidencias de responsabilidad de generales y coroneles del Ejército colombiano por ejecuciones civiles. 2015.

MONCAYO, Víctor Manuel. Hacia la verdad del conflicto, insurgencia guerrillera y orden social vigente. Bogotá: Comisión al entendimiento del conflicto armado en Colombia, Oficina de Alto Comisionado para la Paz. 2015.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho penal internacional [sic]. 1 ed. Bogotá: Legis Editores, 2011.

OFFICE OF THE PROSECUTOR, International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2015. Situación en Colombia y Honduras.

----- International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2016. Situación en Colombia.

----- International Criminal Court. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 2017.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I), 16 ILM 1391 (1977).

PEÑA, Mariana. Federación Internacional de Derechos Humanos. Colombia: La guerra se mide en litros de sangre. Junio de 2012.

QUINTERO MENDOZA, Juan Sebastián. Las desapariciones forzadas y los “falsos positivos”. Del derecho internacional al derecho administrativo colombiano. Bogotá D.C: Universidad del Rosario, 2016.

REDACCIÓN JUDICIAL. CPI 29 generales y coroneles, en la mira de la CPI por ejecuciones extrajudiciales. En: El Espectador [En línea]. (9, julio, 2017). Disponible en: <https://colombia2020.elespectador.com/jep/29-generales-y-coroneles-en-la-mira-de-la-cpi-por-ejecuciones-extrajudiciales>

----- CPI regresa a Colombia: ¿abrirá investigación a generales? En: El Espectador [En Línea]. (14, marzo, 2018). Disponible en: <https://colombia2020.elespectador.com/justicia/cpi-regresa-colombia-abrira-investigacion-generales>

STWART, James. Deputy Prosecutor of the International Criminal Court. “EL ROL DE LA CPI EN EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN COLOMBIA” En: conferencia organizada por The Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg en colaboración con la universidad Externado y la universidad EAFIT. (30 y 31, mayo, 2018: Bogotá y Medellín, Colombia). P.11.

UPRIMNY, Rodrigo. Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado. En: La Silla Vacía. [En línea.] (27, febrero, 2017) Disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906>

WINTER ETCHEBERRY, Jaime. La responsabilidad por el mando en el derecho internacional. Tesis para grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.