

El proyecto de Acto Legislativo que está haciendo trámite en el Congreso contiene ajustes que podrían beneficiar a los altos mandos de la Fuerza Pública. Se teme que estos cambios vayan en contravía de lo recomendado por la Corte Penal Internacional (CPI).

¿Cómo debería juzgarse a un comandante si su tropa cometió un grave crimen en medio del conflicto? Esa es una pregunta que en los últimos meses ha generado debate entre expertos, políticos y miembros de la Fuerza Pública. Aunque este tema está lleno de tecnicismos jurídicos difíciles de entender, su desenlace puede determinar los alcances que tendrá la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Desde el comienzo de las conversaciones en La Habana entre el gobierno nacional y la guerrilla de las Farc, los altos rangos militares expresaron su preocupación ante un futuro sistema de justicia transicional por cuanto temen que los magistrados los declaren culpables de todos los crímenes que cometieron sus subalternos por el simple hecho de ser los jefes, lo que se conoce jurídicamente como responsabilidad objetiva.

Por este temor, que muchos consideran legítimo, los militares han presionado para hacer cambios en el acuerdo de paz definitivo alcanzado con las Farc. Sus esfuerzos iniciales se vieron retribuidos. Después de que el presidente Juan Manuel Santos le respondió al Centro Democrático que ninguna otra modificación cabía en la segunda versión firmada entre las partes el 24 de noviembre en Bogotá, el alto gobierno decidió borrar un párrafo que podría implicar a los altos mandos en conductas reguladas por el Estatuto de Roma.

En el proyecto de Acto Legislativo sobre la JEP que cursa por estos días en el Congreso de la República se han incluido términos ambivalentes y condiciones que restringen las posibilidades de juzgar a los altos mandos a la luz de las reglas del derecho internacional, según expertos consultados por VerdadAbierta.com. Y no sólo a los altos mandos de la Fuerza Pública, sino a los civiles que tuvieron control sobre las tropas, como, por ejemplo, los ministros de Defensa.

Sin embargo, conocedores del tema aseguran que aunque los cambios en la Jurisdicción Especial para la Paz pueden limitar los criterios de los jueces de transición, la puerta queda abierta para que la Corte Penal Internacional (CPI) evalúe los casos e incluso abra investigaciones.

Este asunto es trascendental para la CPI, como lo muestra en su más reciente

referencia al tema la fiscal Fatou Bensouda en carta publicada en la revista Semana: “Conviene dejar claro el criterio jurídico aplicable a la responsabilidad de mando y redactar con cuidado su definición para que, cuando se incorpore en el derecho interno, esté al servicio de investigaciones y enjuiciamientos efectivos y genuinos”.

VerdadAbierta.com presenta cuatro ajustes ‘a la medida’ de los militares que quedaron consignados en el proyecto de Acto Legislativo que crea la Jurisdicción Especial para la Paz.

## ¿Desapareció el Estatuto de Roma?

Varios cambios se introdujeron en el Acuerdo de Paz después de que la mayoría de los colombianos votó No en el plebiscito del 2 de octubre. Entre esos, un intento por clarificar la mencionada responsabilidad de mando. Allí se explicaba que se usaría el Artículo 28 del Estatuto de Roma, que ofrece una clara definición de lo que significa responsabilidad de mando bajo los estándares del derecho internacional.

Sin embargo, sólo horas después de que las partes firmaron el Acuerdo del 24 de noviembre, se publicaron dos fe de erratas que eliminaron de tajo esa definición y la referencia al Estatuto de Roma; una firmada [por las partes](#) y otra por la [Presidencia](#).

Dos días después, la delegación de paz de las Farc dejó constancia pública de que aceptaron el cambio porque se trataba de una condición innegociable del gobierno, pero que no estaban de acuerdo y agregó que ellos sí estaban dispuestos a ser juzgados por este artículo: “creemos que el derecho internacional -en el que se incluye tanto el Estatuto de Roma como la jurisprudencia de otros tribunales internacionales- regula de forma precisa y con la necesaria seguridad jurídica, lo relativo a la responsabilidad por cadena de mando, tanto en organizaciones regulares como en organizaciones irregulares”.

Este cambio no pasó desapercibido para fiscal de la CPI. “Aunque el concepto de responsabilidad de mando aparece claramente definido en el Estatuto de Roma, observo con cierta preocupación que en la versión final del acuerdo de paz se ha eliminado toda referencia directa al correspondiente artículo 28 del estatuto”, dice en su escrito, y luego aclara que son los legisladores, es decir los congresistas, quienes tendrán que asegurar que la definición de responsabilidad de mando de los superiores se ajuste al Estatuto de Roma y así garantizar que Colombia cumpla los

tratados internacionales a los que se acogió.

A pesar de la advertencia, la referencia explícita no aparece tampoco en el proyecto de ley que cursa en el Congreso. “Esto es un Acto Legislativo y nada nos obliga a referirnos a un texto preciso como el del Estatuto de Roma”, dijo el representante a la Cámara y ponente [Rodrigo Lara en entrevista con VerdadAbierta.com](#). El congresista asegura que, sin embargo, “se mantiene el mismo principio de atribución de responsabilidad previsto en el Artículo 28 del Estatuto”.

Para los expertos, el simple hecho de no mencionarlo puede generar distintas interpretaciones entre los magistrados que hagan parte de la JEP. Es un margen de confusión que puede resultar conveniente para la defensa jurídica de los altos mandos militares por lo menos en la justicia transicional en Colombia, pero quizá no ante la CPI.

## **Responsabilidad a la colombiana**



La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) juzgará hasta dónde va la responsabilidad del mando. Foto: archivo SemanaEl tan discutido Artículo 28 del Estatuto de Roma explica que un superior debe responder por la tropa que cometió crímenes cuando sabía qué estaba sucediendo y no hizo nada para evitarlo, cuando debió haber conocido los hechos o cuando se enteró después de que se cometieron, pero no pidió que fueran investigados. Es decir, que el Derecho Penal Internacional revisa el control efectivo del jefe sobre los subordinados.

Pero en el proyecto de Acto Legislativo esto cambia y pide que se pruebe el mando que tenían los superiores sobre el hecho como tal. “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”, se lee en el proyecto.

Esto, aplicado en la práctica, puede convertirse en un dolor de cabeza para los jueces y fiscales pues es relativamente más fácil probar con documentos existentes quién era el jefe y qué tanto contacto tenía con sus tropas al momento de una operación, para analizar si pudo haber evitado o sancionado un crimen. Pero las cosas cambian al momento de probar el control sobre los hechos. Por ejemplo, frente a una ejecución extrajudicial es improbable que exista una orden escrita para que un subordinado cometiera este hecho.

Es por esto que la fiscal Bensouda ve con cierto recelo los cambios que implementa el proyecto de Acto Legislativo frente a lo que internacionalmente se entiende como responsabilidad de mando. “No se requiere que el comandante en cuestión ejerciera control efectivo sobre la propia conducta delictiva. La pregunta de si un comandante ejercía mando o control efectivo se responde simplemente con preguntarse si el superior tenía capacidad material de prevenir o castigar los delitos cometidos por sus subordinados”, advirtió en su carta.

A pesar del análisis de la fiscal de la CPI, el congresista Lara insiste que tener control sobre la tropa significa también el control sobre la conducta de la tropa.

En este debate, los militares son enfáticos en que es necesario excluir el alcance del Artículo 28 sobre la responsabilidad de mando, tal como lo plantearon en [la reunión](#) que tuvieron con el exministro de Justicia Yesid Reyes y los generales Óscar Naranjo y Jorge Enrique Mora.

Vale aclarar que tanto el Acuerdo de paz como el Proyecto de Acto legislativo anuncian que los jueces podrán usar como fuentes el Código Penal Colombiano, el Derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) o el Derecho Penal Internacional (donde está incluido el Estatuto de Roma). Se usará en este caso el principio de favorabilidad.

Sin embargo, a la hora de juzgar a los militares, el Acto Legislativo aclara que sólo se tendrán en cuenta el DIH, que es el conjunto de normas que regula las actuaciones en medio de un conflicto, el Código Penal Colombiano y las reglas operacionales de la Fuerza Pública. Esta decisión corresponde a la una petición que hace años vienen haciendo los militares, argumentando que sus actuaciones no se dieron en tiempos de paz.

Hay quienes consideran que esto es un miedo infundado, pues el DIH tiene una definición parecida a la que plantea el Estatuto de Roma sobre la responsabilidad que un comandante tiene de su tropa. Además, todo lo pactado con las Farc “está atravesado por una lectura armónica e interpretado a la luz de los instrumentos internacionales”, según Claudia Medina, directora del Centro Internacional de Toledo para la Paz.

Otros expertos opinan que tal como está el proyecto de Acto Legislativo, los jueces se podrían ver impedidos por las normas internas, pese a las definiciones que trae el Derecho Penal Internacional.

## Y entonces, ¿quién es el jefe?

El proyecto de Acto Legislativo aclara que esa definición de responsabilidad de mando sólo aplica para los miembros de la Fuerza Pública, no a los civiles. Esta condición ha sido criticada duramente por los militares, como quedó consignado en [la carta](#) que la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro (Acore) le envió al representante Rodrigo Lara el pasado 18 de enero.

Las críticas apuntan a que la Fuerza Pública no es una rueda suelta, sino que depende jerárquicamente de otras instancias civiles como el Ministro de Defensa o el Presidente de Repùblica y la cadena de mando no puede detenerse en los altos comandantes de la Fuerza Pública si en la práctica ellos tienen superiores.

Aunque el Acuerdo Final con las Farc es claro en que la Jurisdicción Especial para la Paz no va a investigar las actuaciones de presidentes, sí lo puede hacer sobre ministros y otros agentes del Estado. Tal como está el proyecto, estos funcionarios serán juzgados con el régimen general que cubre a otros civiles, sin las advertencias sobre la responsabilidad de mando que se le aplica a la Fuerza Pública.

"Esa decisión la tomó el Gobierno. Nosotros como ponentes le insistimos que sería sano incluir también a agentes de Estado como el Ministerio de Defensa, por ejemplo. Pero ese debate lo dimos y lo perdimos", reconoció el congresista Lara.

## Adiciones... ¿de control?



Las definiciones sobre la responsabilidad de mando podrían afectar la forma en la que se investigan crímenes como las ejecuciones extrajudiciales, conocidas como los 'falsos positivos'. Foto: archivo Semana. Para demostrar que los militares mandaban efectivamente sobre sus tropas cuando cometieron algún hecho irregular, el proyecto de la JEP puntualiza cuatro requisitos: que el jefe pueda emitir órdenes; que tenga todas las medidas para evitar o castigar los crímenes; que pueda hacer operaciones en el lugar donde ocurrieron los hechos; y que las conductas hayan sido cometidas por la unidad bajo su mando.

Mientras el representante Lara sostiene que esto da mayor garantías al proceso, José Miguel Vivanco, director para América de Human Rights Watch, considera que esto es una "tergiversación" que "podría hacer más difícil que los comandantes de

la Fuerza Pública colombiana rindan cuentas por sus actos”, pues tal como está redactado el proyecto se necesitarían probar las cuatro condiciones, según advirtió en una carta enviada el 25 de enero de este año al representante a la Cámara Telésforo Pedraza.

Además, una de las condiciones no aparece en el derecho internacional. El proyecto estipula que se debe probar que el superior tenía un control en el lugar específico donde se cometieron los hechos. Al respecto, la fiscal Bensouda considera que más allá de dónde se cometió el delito, lo que importa es probar que el jefe podía dictar órdenes. “De hecho, se declaró al señor (Jean-Pierre) Bemba Gombo culpable de delitos cometidos por sus subordinados ‘fuera’ de su zona de responsabilidad porque, a pesar de ello, ejercía control efectivo sobre sus tropas que operaban en la República Centroafricana y tenía conocimiento de la comisión de los delitos”, explicó en su carta.

Del debate de las próximas semanas en el Congreso dependerá cómo Colombia juzgará a los mandos militares involucrados en violaciones a los derechos humanos en los tribunales de justicia transicional y qué tanto cumple los convenios a los que está suscrito, especialmente al Estatuto de Roma y al ausente Artículo 28.

<http://www.verdadabierta.com/procesos-de-paz/farc/6532-el-toque-de-los-militares-a-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz>