



► La Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma y en Colombia¹

ANDREA MATEUS-RUGELES

Abogada Universidad del Rosario.
Master (LLM) en estudios de Derecho Internacional, 2007 New York University, Estados Unidos de América.
Profesora de Carrera Académica en Derecho Internacional y Derecho Penal Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

E-mail: andrea.mateus@urosario.edu.co

Recibido: 25 de mayo de 2010

Evaluado: 03 de junio de 2010

Aprobado: 30 de junio de 2010

La Responsabilidad del Superior es una teoría que supone responsabilidad penal tanto para el superior militar como para el superior civil. Ésta ha tenido aceptación internacional desde los primeros Tribunales Penales Internacionales (Tribunales Militares Internacionales) hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este artículo explica, en lo esencial, la teoría de la responsabilidad del superior desde un punto de vista internacional, así como su acogida parcial por el ordenamiento interno colombiano a partir de la figura de la posición de garante y la aplicación del Acto Legislativo 02 de 2001 que adiciona la Constitución Política colombiana.



Palabras clave: Superior Militar, Superior Civil, Responsabilidad Penal, Corte Penal Internacional, Omisión, Posición de Garante.

1 Artículo de reflexión resultado de investigación.

Introducción

El Estatuto de Roma (ER) entró en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002². Esto implica que a partir de esta fecha, la Corte Penal Internacional (CPI) podrá conocer de los crímenes enunciados en el artículo 5³ del Estatuto en relación con Colombia. Salvo, por supuesto, el crimen de agresión que no había sido definido para la fecha⁴, y los crímenes de guerra que en virtud de la disposición transitoria consagrada en el artículo 124⁵ ER a la que se acogió Colombia, no podían ser conocidos por la CPI sino hasta el 1 de noviembre de 2009.

Esto significa que la CPI podría investigar, juzgar, y en su caso, sancionar, los crímenes de genocidio y de lesa humanidad cometidos en territorio colombiano a partir del 1 de noviembre de 2002, siempre que operara el principio de complementariedad. Teniendo esto claro, la pregunta es, ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad penal internacional a la luz del Estatuto? ¿Cómo opera esto en Colombia?

Este artículo pretende hacer una ilustración de uno de los fundamentos de la responsabilidad penal internacional a la luz del ER, que se basa en una doctrina propia del derecho internacional. Así mismo, analizar las diferencias de este tratamiento a nivel interno donde se presentan unos matices propios desde el punto de vista normativo y jurisprudencial.

La doctrina referida es la responsabilidad del superior consagrada en el artículo 28 del ER, la cual aplica tanto para superiores militares como civiles. Sus elementos objetivos y subjetivos, son reconocidos internacionalmente; abarcando estos últimos, no solamente el dolo sino la culpa a través del concepto del “hubiere debido saber”.

2 El Estado colombiano depositó los instrumentos de ratificación del Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002. De acuerdo con el artículo 126 del Estatuto, éste entrará en vigor para el Estado “el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.”

3 De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto de Roma, son crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de agresión.

4 El crimen de agresión fue definido el 11 de junio de 2010 en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, llevada a cabo en Kampala, Uganda del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. Sin embargo no entrará en vigor hasta que por lo menos 30 Estados Parte ratifiquen o acepten las enmiendas al Estatuto y dos tercios de los Estados Parte hayan decidido activar la jurisdicción de la CPI para conocer de este crimen, después del 1 de enero de 2017. Para mayor información ver: <http://www.iccnw.org/?mod=aggression&lang=es>.

5 Artículo 124 “Disposición de Transición. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un periodo de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.”

> Doctrina de la Responsabilidad del Superior

Conceptualización

La teoría de la Responsabilidad del Superior tiene su reconocimiento en el derecho internacional a través de los primeros tribunales penales internacionales con carácter militar, como es el caso del general Yamashita en la Comisión Militar de Estados Unidos o el almirante Toyoda en el Tribunal militar de crímenes de guerra en Tokio.⁶

Con el desarrollo del derecho penal internacional, esta teoría ha tomado fuerza y se ha ido decantando. Tanto los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* del Consejo de Seguridad⁷ como el ER, reconocen la responsabilidad del superior como una “causal de responsabilidad penal”.⁸

Para poder entender su validez y aplicación en Colombia, es necesario hacer un breve recuento de lo que se entiende por esta teoría y cuáles son los elementos que la constituyen.

La responsabilidad del superior no denota la responsabilidad por ordenar y tampoco la responsabilidad por realizar una conducta punible. Lo que refiere es el supuesto bajo el cual el superior debe responder

por las conductas criminales que cometen sus tropas cuando se evidencian los elementos que se analizarán más adelante. La responsabilidad del superior, no es entonces por acción sino por omisión; lo cual, no excluye la responsabilidad de las tropas. La diferencia, es que éstas serán responsables en cuanto al ER, en virtud del artículo 25 que consagra las causales de responsabilidad penal propias del derecho interno como son la autoría, la coautoría, la autoría mediata, la complicidad y el encubrimiento. En cuanto al superior, cuando no pueda fundamentarse su responsabilidad en virtud de esta disposición, se analizará si su conducta corresponde a la descripción del artículo 28 ER, y en esta medida si puede ser encontrado responsable bajo esta teoría.⁹

Un tema central que denota una diferencia en el reconocimiento de este concepto a nivel internacional, es el establecimiento de la responsabilidad del superior no sólo militar sino civil. Si bien, de manera expresa los Estatutos de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), no consagran esta responsabilidad para el superior civil, tampoco la descartan¹⁰. El ER, sin embargo, sí la consagra de manera expresa y con unos matices de distinción frente a la responsabilidad del superior militar como se verá más adelante.

Elementos

Tradicionalmente los elementos de esta teoría, que permiten verificar la existencia de responsabilidad del superior, se han desarrollado a partir del superior militar. En términos generales son tres los elementos que la componen. A saber:

6 El General Yamashita fue encontrado responsable y condenado al no tomar las medidas que reprimieran la comisión de crímenes de guerra por parte de las tropas en las Filipinas. Trial of General Tomoyuki Yamashita; United States Military Commission, Manila; Juicio del 4 de febrero, 1946. En el caso **United States v. Soemu Toyoda**, el Tribunal afirma la figura de la responsabilidad del superior militar, cuando sabiendo o “ejerciendo una diligencia ordinaria, debía haber conocido” de las conductas cometidas por sus tropas y falla al no tomar medidas que prevengan o repriman la comisión de los crímenes. War Crimes Tribunal Courthouse, Tokyo, Honshu, Japan; Septiembre de 1949; 19 United States v. Soemu Toyoda. (Traducción no oficial).

7 Mediante Resolución 823 de 1994 y 955 de 1995, el Consejo de Seguridad creó, en virtud de su mandato de mantener la paz y la seguridad mundial, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), respectivamente. El artículo 7.3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6.3 del Estatuto del TPIR consagran la responsabilidad del superior. Consejo de Seguridad; S/RES/827(1993). Consejo de Seguridad; S/RES/955(1994).

8 Así lo dispone el artículo 28 del Estatuto de Roma, al establecer: “Responsabilidad de los Jefes y otros Superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: (...)”.

9 El artículo 28 del ER dispone en su encabezado: “Responsabilidad de los Jefes y otros Superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de competencia de la Corte...” Esta disposición reconoce la existencia de “otras causales de responsabilidad”, es decir las consagradas en el artículo 25 ER, siendo la responsabilidad del superior una causal subsidiaria frente a las establecidas en dicha disposición.

10 Ver por ejemplo, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Sala de Apelaciones; Caso Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo (Celebici case); Sentencia de apelación; 20 de febrero de 2001; párrafo 196. Caso No. IT-96-21-A; donde la Sala de Apelaciones reconoce este fundamento de responsabilidad afirmando “... la Sala de Apelaciones no considera que la regla sea controversial que los superiores civiles puedan incurrir en responsabilidad en relación con los actos cometidos por sus subordinados u otras personas bajo su control efectivo”. (Traducción no oficial).

- a. Relación de subordinación: entre el superior y el subordinado que comete la conducta criminal. El elemento esencial de esa relación jerárquica, como lo ha reconocido la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, es el control efectivo, definiéndolo como la “habilidad material para prevenir o castigar la conducta criminal, como sea que se ejerza dicho control”.¹¹

Ese “control efectivo” puede ser de *iure* o de *facto*. Esto implica que no únicamente, los superiores que ostentan la capacidad legal para dar órdenes y controlar a sus tropas pueden incurrir en responsabilidad penal bajo esta teoría. La jurisprudencia internacional y el ER, reconocen que el superior que de *facto* tiene el poder de emitir órdenes y hacerlas cumplir, también incurrirá en este tipo de responsabilidad cuando se cumplan los demás elementos. Así, estas dos fuentes del Derecho Penal Internacional, reconocen una realidad más allá de la formalidad.

- b. Conocimiento real o debido: este segundo elemento corresponde a un aspecto subjetivo. Como la teoría de la Responsabilidad del Superior no busca avalar la responsabilidad objetiva, es presupuesto necesario para establecer la responsabilidad penal, que el superior tuviera conocimiento de las conductas criminales que pretendían realizar o realizaron sus tropas. De acuerdo con el ER este conocimiento debe ser *real* (“hubiere sabido”) el superior realmente sabía de las conductas que estaban cometiendo o se proponían cometer; o *debido* (“hubiere debido saber”) “en razón a las circunstancias del momento” el superior debía saber del proceder de sus tropas. Los Estatutos del TPIY y del TPIR, refieren este elemento subjetivo como saber (*knew*) y tener razones para saber (*had reason to know*). Lo que se ha llamado como conocimiento real, comporta el “elemento de intencionalidad”¹² por excelencia del ER, que es la regla general aplicable para la modalidad mediante la cual se cometen los crímenes de la competencia de la CPI; esto es, el dolo. Por excepción, admite el artículo 30 ER la culpa como modalidad

de comisión de los crímenes. El “hubiere debido saber”, es un ejemplo de dicha excepción.

La jurisprudencia internacional ha manifestado que “tener razones para saber” refiere que el superior “tenga en su posesión información de tal naturaleza, que por lo menos, lo ponga en conocimiento del riesgo de (que sucedan) tales ofensas al indicar la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar si esos crímenes fueron cometidos o van a ser cometidos por sus subordinados.”¹³ En el mismo sentido la Sala de Apelación afirma que la expresión “tener razones para saber” tiene similar significado a la expresión “tener información que permita concluir” del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y que el superior será responsable bajo este supuesto cuando, contando con información (o teniéndola al alcance) que dé una luz sobre “posibles actos ilegales cometidos” o a cometer por sus subordinados, no toma las medidas necesarias y razonables a su alcance para impedir o reprimir la comisión de los crímenes. En este sentido, afirma la Sala de Apelaciones, se presume el conocimiento del superior.¹⁴ Como hasta el momento no existe un fallo de la CPI, no hay claridad sobre el alcance de la expresión correspondiente en el ER; sin embargo, hay razones para pensar que esta expresión puede abarcar situaciones distintas a las contempladas por “tener razones para saber”.¹⁵

- c. No tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance: en este punto, se reconoce que el superior omite tomar las medidas “necesarias y razonables a su alcance” para prevenir o reprimir las conductas criminales desplegadas por sus subordinados, o para “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes”. Al respecto, hay dos puntos de importancia: al superior no podrá exigírsele tomar medidas que de acuerdo

11 *Ibidem*; párrafos 196-7, 256.

12 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9 del 17 de julio de 1998. Artículo 30.

13 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Sala de Primera Instancia; Caso Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo (Celebici case); Sentencia de primera instancia; 16 de noviembre de 1998; párrafo 383. Caso No. IT-96-21-T.

14 The Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo, *supra* 9; párrafos 222-239.

15 Para ampliar la discusión al respecto ver: MATEUS-RUGELES, Andrea; 2006. Genocidio y Responsabilidad Penal Militar, Centro Editorial Universidad del Rosario; Bogotá, pp. 84. Ver también, The Prosecutor v. Zejnir Delalic (...), *supra* 9; párrafo 235.

con las circunstancias del momento no puede tomar; únicamente se le exigirá tomar medidas que sean las adecuadas para lograr los fines mencionados y que además pueda, físicamente, realizar. Las medidas, como lo establece Werle¹⁶, serán de tipo preventivo –cuando se toman antes de que las conductas criminales se lleven a cabo- o de tipo represivo-cuando ya las conductas criminales se han realizado. Si el superior, teniendo conocimiento (real o debido) de las conductas a cometerse por sus subordinados, no toma las medidas preventivas necesarias y razonables a su alcance, aunque con posterioridad tome las medidas preventivas, incurrirá en responsabilidad.¹⁷

En cuanto al superior civil, el ER, delimita los elementos que componen este tipo de responsabilidad. Claramente se evidencia la presencia de los tres elementos mencionados anteriormente para la responsabilidad del superior militar, pero con ciertos matices.

- a. Relación de subordinación: en este caso igualmente debe existir este tipo de relación caracterizada por un control efectivo en los términos ya mencionados. Aquí, en vez de hablarse de “mando” y control efectivo, se refiere el ER¹⁸ a “autoridad” y control efectivo, denotando en el primer caso un concepto propio de la estructura y organización militar.
- b. Conocimiento: una de las diferencias más relevantes entre las condiciones que estructuran la responsabilidad de ambos superiores es el elemento subjetivo. El superior civil solamente será encontrado responsable cuando su omisión sea dolosa. En este caso se habla de haber “tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información que

indicase claramente” de las conductas desplegadas o a desplegarse por sus subordinados. A diferencia del superior militar, la información que el superior civil tiene en su posesión, es clara en cuanto a las conductas criminales de sus subordinados, y no será responsable si únicamente tiene acceso a información que pueda dar una luz de algún posible riesgo.

- c. Relación de los crímenes con las actividades bajo la autoridad y control efectivo del superior: el ER restringe las condiciones en las cuales un superior civil será responsable en virtud de esta teoría. La razón parece ser el reconocimiento por parte de los negociadores en Roma de las diferencias que existen entre una organización civil y una militar, en términos tales como la disciplina, el mando y la obediencia. En este sentido, el superior civil solamente responderá cuando las conductas criminales son cometidas dentro del ámbito espacial y temporal al que se restringe su autoridad y control efectivo.¹⁹

No tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance: Este elemento tiene el mismo alcance para los superiores civiles y militares.

Casos

A nivel internacional, existen diversos casos que permiten evidenciar cómo se ha aplicado esta teoría tanto para superiores militares como civiles.²⁰

Responsabilidad del superior militar: caso “Celebici”.²¹

Con ocasión de las tensiones étnicas en la región de Bosnia y Herzegovina a inicios de la década de los años 1990, se llevaron a cabo operaciones militares

16 Werle, Gerhard. (2005). Tratado de derecho Penal Internacional, Tirant lo blanch; Valencia. Pp. 233-4.

17 Ibidem. Werle, discute la existencia de un cuarto elemento cual es la exigencia del artículo 28 del ER de que el crimen “debió cometerse en razón de no haber ejercido un control apropiado”. Al respecto, plantea la falta de claridad en cuanto a dónde debe ubicarse este requisito. Es nuestra posición que este deber está inmerso en el fundamento de la responsabilidad y por ende en todos sus elementos. Es por faltar a su deber de control, que en una relación de subordinación, donde hay control efectivo, se cometen las conductas, y por ende, se le puede imputar responsabilidad penal por no haber tomado las medidas necesarias y razonables a su alcance para evitar su comisión o continuación a pesar de su conocimiento.

18 Estatuto de Roma (...), *supra* 11. Artículo 28.2.

19 Werle, citando a Triffterer- Fenrik menciona por ejemplo que el superior civil no responderá por los crímenes cometidos por sus subordinados fuera del horario o ámbito de trabajo. Werle, *supra* 15. P. 230.

20 Por cuestiones de espacio, la referencia se limitará a dos casos y se abordará muy someramente.

21 *Prosecutor v. Zejnil Delalic (...)*, *supra* 12. Para un resumen más completo ver: Forero, Juan Carlos; Sánchez, Raúl; Mateus, Andrea; Palacios, María Teresa; Vanegas, Mauricio. (2009). Formación Especializada en Investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Vicepresidencia de la República de Colombia; Bogotá. Pp. 250.

y enfrenamientos con la población civil que condujeron al arresto de varios serbios. El campo de reclusión Celebici recibió a aquellos prisioneros que por falta de espacio no fueron recluidos en los centros tradicionales. A través del proceso se demostró que los prisioneros de este campo fueron víctimas de varios delitos como torturas y confinamiento ilícito.

Los acusados Delalic, Mucic y Delic, fueron imputados por crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los Convenios de Ginebra, fundamentando su responsabilidad en el artículo 7.3 del Estatuto del TPIY, esto es, en la responsabilidad del superior. El sustento de este tipo de responsabilidad se deriva de los cargos que ostentaban los acusados en relación con el campo de reclusión. Así, el Tribunal encontró que en relación al Campamento Celebici, el señor Mucic era el comandante, el señor Delalic ejercía un mando general y el señor Delic era el comandante encargado para la época en que ocurrieron los hechos. El Tribunal encontró que en este caso se configuraban los elementos esenciales que fundamentan la responsabilidad del superior, al existir una relación de subordinación entre los acusados y los guardias que cometieron las conductas criminales; al concluir que -en razón a las distintas evidencias que denotaban la comisión de tales conductas contra los internos del campamento Celebici, como la tortura y otros tratos crueles- los acusados sabían o tenían razones para saber de su comisión; al comprobarse que a pesar de su mando y control efectivo, los acusados no tomaron las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar esas conductas.²²

Responsabilidad del superior civil: caso Koki Hirota.²³

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, con sede en Tokio, encontró responsable al ministro de Relaciones Exteriores Japonés, Koki Hirota, por las masacres de Nanking.

A finales de 1937 en la ciudad china de Nanking, tropas militares japonesas cometieron graves delitos

contra la población civil y miembros del ejército chino. Durante aproximadamente un mes y medio, mataron, mutilaron, torturaron, violaron y realizaron otro tipo de conductas similares contrarias al derecho internacional humanitario contra prisioneros de guerra y población civil. El ministro Hirota fue encontrado responsable en virtud de estas masacres por el Tribunal de Tokio de acuerdo con el cargo 55: “violación de las leyes de la guerra, al deliberada y temerariamente, desatender su deber legal de tomar los pasos (medidas) adecuados para asegurar su observancia y prevenir su desconocimiento.”²⁴

Al fallar, el Tribunal acogió la tesis de la Fiscalía encaminada a establecer la responsabilidad penal del ministro Hirota pues, a pesar de haber recibido información sobre lo que estaba ocurriendo en Nanking, fue “negligente en su deber al no insistir frente al Gabinete (de gobierno) en la toma de acciones inmediatas que terminarían con las atrocidades (de Nanking)”.²⁵ De acuerdo a los hechos, es difícil sustentar una responsabilidad penal en virtud de la responsabilidad del superior civil, pues no se encuentra, de una forma cabal, el cumplimiento de los elementos de dicha responsabilidad en este caso. Si bien, el Ministro pudo haber incurrido en una negligencia, no se evidencia de forma clara el dolo, ni la presencia del control efectivo como elemento central de la relación de subordinación.²⁶

Aplicación en Colombia

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano no consagra de manera expresa la teoría de la responsabilidad del superior en los términos ya analizados, ya en casos como el de Mapiripán se ha establecido la responsabilidad del superior militar por las conductas cometidas por sus tropas.

En la Sentencia SU-1184 de 2002, por medio de la cual la Corte Constitucional revisa la acción de tutela interpuesta por la parte civil en los procesos

22 Prosecutor v. Zejnir Delalic (...), *supra* 12.

23 En el año de 1946, mediante el Decreto del 19 de enero emitido por el General Douglas MacArthur, se creó el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokio, para juzgar a los (vencidos) responsables de cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad durante la Segunda Guerra Mundial en oriente. El ministro Hirota, fue juzgado por este Tribunal.

24 Brook, Timothy. (2001). The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking. *The Journal of Asian Studies*. Vol. 60, No. 3. Pp. 673-700; (Traducción no oficial).

25 *Ibidem*. Extracto tomado de la Sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en el juicio a Koki Hirota. (Traducción no oficial).

26 *Ídem*. Ver opinión disidente del Juez Pol.

penales llevados contra oficiales y suboficiales del Ejército de Colombia en el contexto de los hechos ocurridos en el municipio de Mapiripán en 1997, el Tribunal Constitucional afirma esta responsabilidad basándose en la posición de garante que tienen los miembros de las Fuerzas Militares. Así, dijo la Corte que “un miembro de la Fuerza Pública puede ser garante cuando” cree un riesgo para un bien jurídico, el cual puede generarse por personas que están bajo su control efectivo o cuando surjan “deberes por la vinculación a una institución estatal (...) como la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación”.²⁷

En el caso de Mapiripán, dos miembros de la Fuerza Pública, que no cometieron directamente ni ordenaron la comisión de los delitos, fueron hallados penalmente responsables por los delitos cometidos por sus subordinados, después de comprobarse su control efectivo, su conocimiento de las conductas y su omisión en la toma de medidas necesarias y razonables a su alcance para evitar la comisión de los delitos.²⁸

Específicamente en relación con la doctrina de la responsabilidad del superior de acuerdo con el ER, la Corte Constitucional se ha pronunciado en las Sentencias C-181 de 2002 y C-578 de 2002. En la primera, se pronunció sobre el artículo 28 del ER afirmando, en relación con la responsabilidad del superior militar, que dicha disposición permitía la comisión de un genocidio culposo cuando las tropas de un superior militar cometían las conductas constitutivas de dicho crimen y el superior, a pesar de tener un conocimiento debido (“hubiere debido saber”) no tomaba las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlas o reprimirlas.²⁹ Al respecto, debe aclararse que el crimen de genocidio, por su estructura

y por el *dolus specialis* característico de su elemento subjetivo, no admite la modalidad culposa. Así, es necesario precisar que la culpa se predica de la omisión del superior y no del crimen de genocidio; afirmar lo contrario, sería establecer que la conducta es atípica.³⁰

Con respecto a la Sentencia C-578 de 2002, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, se refiere a la responsabilidad del superior y a las diferencias o similitudes existentes en el ER y en nuestro ordenamiento en relación con esta doctrina. En lo relativo a la responsabilidad del superior militar, la Corte reconoce que no es extraña al ordenamiento colombiano, pues, como ya se refirió, han existido decisiones en Colombia que, basadas en esta doctrina, determinan la responsabilidad penal del superior militar.

En cuanto a la responsabilidad del superior civil, la Corte Constitucional afirma que no existe paralelo en el ordenamiento jurídico nacional que permita afirmar este tipo de responsabilidad. Sin embargo, en virtud del Acto Legislativo 02 de 2001, que adiciona el artículo 93 de la Constitución, se permite este tratamiento diferencial³¹. Es decir, no es declarado inexecutable pero se hace la precisión, de que únicamente tendrá aplicación este tipo de responsabilidad en el ámbito de la CPI. Esto es, un colombiano que actúe como superior civil, no será penalmente responsable cuando sus subordinados cometan alguno de los crímenes de la competencia de la CPI en Colombia y dicho superior, a pesar de su conocimiento, no tome las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir las conductas, salvo que, en aplicación de los criterios de admisibilidad y los principios de subsidiariedad y complementariedad del ER, la CPI tenga conocimiento del caso.³²

27 Corte Constitucional de Colombia; Sentencia SU-1184 de 2001; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

28 *Ibidem*. “(...)dos miembros de la Fuerza Pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la acción).” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-181 de 2002; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

30 Esta discusión, así como el planteamiento sobre de qué responde y de qué debería responder el superior militar en este caso del *hubiere debido saber*, aún más en relación con el genocidio, se encuentra en MATEUS, Andrea; Genocidio y Responsabilidad Penal Militar, *supra* 14.

31 Sentencia C-578 de 2002: *supra* 27.

32 De acuerdo con el artículo 17 del ER, un asunto será admisible ante la CPI cuando se demuestre la falta de voluntad o de capacidad de un Estado para investigar, juzgar, y en su caso, sancionar las conductas de que se trata.

Conclusiones

La teoría de la responsabilidad del superior aplica tanto para militares como para civiles.

Existen unos elementos sin los cuales no puede imputarse responsabilidad penal en virtud de esta teoría. Los elementos reconocen no solo circunstancias objetivas sino subjetivas que denotan un elemento volitivo y hace que la figura se aparte de una responsabilidad meramente objetiva.

En Colombia no existe una disposición normativa que consagre de manera expresa la teoría de la responsabilidad del superior.

A pesar de lo anterior, el ordenamiento colombiano permite la aplicación de esta teoría en relación con el superior militar, basándose en la figura de la posición de garante.

La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que los miembros de las Fuerzas Militares ejercen una posición de garante frente a la población civil derivada de la creación de un riesgo o de los deberes que surgen por la vinculación a una institución.

La posibilidad de que en Colombia se encuentre penalmente responsable a un superior militar por los crímenes que cometen sus subordinados, depende de su posición de garante (que se evidencia para las Fuerzas Militares con un control efectivo), de su conocimiento (doloso o imprudente) y de su falla en la toma de medidas que le eran exigibles dadas las circunstancias.

El “hubiere debido saber” comporta la culpa como elemento subjetivo. Esto no implica que, siendo la conducta cometida por las tropas un genocidio, el superior militar que no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance, comete un genocidio culposo.

La teoría de la responsabilidad del superior civil no ha sido aplicada en Colombia. Hasta el momento la única forma en que un colombiano, actuando como superior civil, sea encontrado penalmente responsable en virtud de esta teoría por los crímenes cometidos por sus subordinados en Colombia, es que dichas conductas punibles sean de la competencia de la Corte Penal Internacional y ésta avoque conocimiento. ▬

Bibliografía

1. Brook, Timothy. (2001). The Tokyo Judgment and the Rape of Nanking. *The Journal of Asian Studies*. Vol. 60, No. 3.
2. Consejo de Seguridad. (1993). S/RES/827.
3. Consejo de Seguridad. (1994). S/RES/955.
4. Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-181. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
5. Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-578. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
6. Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia SU-1184. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
7. Decreto del 19 de enero de 1946; Douglas MacArthur.
8. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
9. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.
10. Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
11. Forero, Juan Carlos; Sánchez, Raúl; Mateus, Andrea; Palacios, María Teresa; Vanegas, Mauricio. (2009). Formación Especializada en Investigación, juzgamiento y sanción de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Vicepresidencia de la República de Colombia; Bogotá.
12. Mateus Rugeles, Andrea. (2006). Genocidio y Responsabilidad Penal Militar. Centro Editorial Universidad del Rosario; Bogotá.
13. Trial of General Tomoyuki Yamashita; United States Military Commission, Manila; Juicio del 4 de febrero, 1946.
14. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente; The Prosecutor v. Koki Hirota; 1946-1948.
15. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Sala de Primera Instancia; Caso Prosecutor v. Zejnir Delalic, et al (Celebici case); Sentencia de primera instancia; 16 de noviembre de 1998. Caso No. IT-96-21-T.
16. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Sala de Apelaciones; Caso Prosecutor v. Zejnir Delalic, et al (Celebici case); Sentencia de apelación; 20 de febrero de 2001. Caso No. IT-96-21-A.
17. War Crimes Tribunal Courthouse, Tokyo, Honshu, Japan; United States v. Soemu Toyoda; septiembre de 1949.
18. Werle, Gerhard. (2005). Tratado de derecho Penal Internacional, Tirant lo blanch; Valencia.