



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Bogotá, 28 de febrero de 2020

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES

Sección de Apelación

Jurisdicción Especial para la Paz

República de Colombia

E.S.D.

Referencia: Concepto sobre el estado del Derecho Internacional Humanitario, crímenes de guerra y amnistías en el marco de la “[a]pelación contra resolución de la Sala de Amnistía o Indulto que concedió el beneficio de amnistía” en el asunto de LAGD – respuesta oficio TPSA 275-2020 –.

Respetado Señor Magistrado,

Por medio del presente documento ponemos respetuosamente a su consideración el concepto del Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT, por sus siglas en inglés) sobre las preguntas planteadas por la magistratura en el oficio TPSA 275-2020, en el marco de trámite de apelación de la resolución de la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) que negó la amnistía del señor LAGD.

El Instituto para las Transiciones Integrales es una organización independiente constituida en 2012 que tiene como misión fundamental ofrecer análisis y asesoramiento amplio y exhaustivo a los actores nacionales e internacionales de alto nivel que participan en procesos de diálogo y transición. IFIT, tiene su sede en Barcelona y es una organización no gubernamental que opera con el decidido propósito de brindar orientación personalizada acerca de cómo priorizar e integrar la formulación de políticas en las áreas de democracia, desarrollo, estado de derecho y seguridad, ofreciendo mejores oportunidades para lograr transiciones exitosas y sostenibles. IFIT aspira a contribuir al éxito de los procesos nacionales de diálogo y transición sirviendo como fuente independiente de recursos expertos en áreas políticas, económicas y sociales.

En Colombia, IFIT ha venido apoyando el proceso de paz desde el 2013, año en el cual, en coordinación con la Fundación Berghof, realizó una intervención ante nuestra honorable Corte Constitucional firmada por 38 internacionalistas en calidad de *amicus curiae* defendiendo la transición de la guerrilla de actor armado a movimiento político, ilustrando su posición con experiencias a nivel comparado. Más adelante, participó como organización internacional experta en diálogos y transiciones hacia la paz, prestando asesoramiento a la delegación del Gobierno en La Habana en metodologías integradas para la construcción de paz, principalmente en lo relacionado con el punto de víctimas del conflicto armado. Actualmente IFIT cuenta con un equipo de asesores que trabajan desde Bogotá acompañando y asesorando el proceso de implementación del Acuerdo, nutriéndose en las discusiones que se dan al interior del Fondo de Capital Humano (FCH)¹, y con base en su experiencia técnica en la materia.

Paralelamente, IFIT cuenta con "grupos de práctica", compuestos por 15 o 16 expertos temáticos a nivel global y creados para brindar asesoría técnica a actores en países en etapa de negociación y/o transición.

¹ El Fondo de Capital Humano para la transición colombiana (FCH) es un grupo de profesionales colombianos con experiencia directa en el proceso de conversaciones entre el Gobierno Nacional y las FARC en La Habana, Cuba. Bajo la dirección del Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), el Fondo pretende evitar el divorcio entre el conocimiento generado durante el proceso de negociación y el conocimiento que debe estar disponible, activo y organizado para la construcción de la paz.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Si bien la forma como IFIT trabaja sobre los casos varía, generalmente incluye asesoramiento confidencial (por ejemplo, mediante informes técnicos, planificación de políticas públicas, análisis de riesgos, comentarios sobre borradores de texto o posiciones de negociación), redacción personalizada (como el presente concepto jurídico) y la posibilidad de compartir lecciones en reuniones virtuales y/o personales organizadas por IFIT. Los grupos de práctica de IFIT tienen también su propia agenda de investigación y publicaciones en diferentes temas relacionados con negociaciones y transiciones.

Actualmente, IFIT cuenta con tres grupos de práctica: el Grupo de Práctica de Derecho y Paz, el Grupo de práctica de Identidad y Narrativas, y el Grupo de Práctica de Asistencia para las Transiciones. Particularmente, el Grupo de Práctica de Derecho y Paz de IFIT (LPPG, por sus siglas en inglés) se centra en proporcionar asesoramiento experto sobre los desafíos entre la seguridad jurídica y la justicia en relación con los esfuerzos de paz.

Desde IFIT agradecemos la invitación de la Sección de Apelación de la JEP a participar en el presente proceso y destacamos la importancia de la participación de la sociedad civil en aras de tomar decisiones más nutridas, comprensivas y rigurosas.

Estos procesos ante la Sección de Apelación son de particular relevancia para la adecuada, celeridad y eficaz administración de justicia transicional ya que constituyen hermenéutica jurídica en garantía de la seguridad jurídica a los comparecientes y los derechos de las víctimas.

La presente intervención se construyó de la mano con el Grupo de Práctica en Derecho y Paz, cuyo propósito es precisamente dar asesoría técnica en temas de seguridad jurídica, derecho y paz desde una perspectiva internacional.

Con base en lo anterior, en el presente concepto abordaremos i) el alcance de la noción de crímenes de guerra en el derecho internacional actual y su relación con el Derecho Internacional Humanitario (DIH); ii) la diferencia entre infracciones y las infracciones graves al DIH y la relación entre amnistías, crímenes de guerra y graves crímenes de guerra; iii) el estatus de las fuerzas de policía en conflictos armados no internacionales (CANI); iv) el concepto de máximos responsables; y v) la aplicación del artículo 8 del Estatuto de Roma en el marco jurídico de la JEP.

Esto se hará con base en fuentes legales -derecho convencional y consuetudinario-, jurisprudenciales -decisiones e interpretaciones de varios tribunales internacionales-, de *softlaw* internacional -resoluciones de las Naciones Unidas- y de doctrina -opiniones del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), y textos académicos, entre otros.

I. La relación entre el Derecho Internacional Humanitario y los Crímenes de Guerra

En el presente acápite se abordará la relación entre el DIH y los crímenes de guerra y se argumentará que a) los crímenes de guerra son aquellas infracciones al DIH que dan lugar a la atribución de responsabilidad penal individual; b) en virtud del derecho internacional, sólo algunas infracciones dan lugar a la responsabilidad penal individual; c) la prohibición de cometer crímenes de guerra es por lo tanto tan solo una subcategoría de las reglas del DIH; d) el concepto de “graves infracciones” al DIH se equipara al concepto de crímenes de guerra, pero es aplicable únicamente a los conflictos armados internacionales (CAI); y e) la posibilidad de juzgar a una persona por la comisión de crímenes de guerra tiene sustento en el derecho internacional consuetudinario y en fuentes de derecho positivo (el Estatuto de Roma y códigos



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

penales a nivel doméstico). Lo anterior se hará con base en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales (Protocolo I y Protocolo II), la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), opiniones CICR así como otros trabajos de la academia.

La mayoría de los tratados de DIH regulan los CAI, incluidos los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y tan solo un número más limitado se aplica a los CANI. La normatividad más relevante para estos últimos es el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra² junto con el Protocolo II³.

Los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I⁴ mencionan las infracciones “graves” al DIH y las relacionan, en los CAI, con los crímenes de guerra. Estas infracciones incluyen el asesinato deliberado y otras formas de maltrato de personas protegidas, y los Estados Parte deben incorporarlas en sus legislaciones penales nacionales e investigarlas en caso de que dichos actos se cometan en su territorio⁵.

En contraste, ni el Artículo 3 Común - que establece los estándares mínimos para el trato humano que debe aplicarse en todas las operaciones militares - ni el Protocolo II, contienen un régimen penal. Como resultado, los crímenes de guerra en los CANI históricamente han sido definidos casi exclusivamente por el derecho internacional consuetudinario y el derecho interno de cada Estado.

Algunos tribunales, ya sea domésticos o internacionales, tienen la potestad de juzgar directamente crímenes cometidos infringiendo el derecho internacional consuetudinario. Otros, por el contrario, tienen limitación expresa a procesar aquellos crímenes que se encuentren codificados en la ley nacional relevante sobre el tema.

Sobre la base del artículo 3 de su Estatuto Constitutivo, la jurisprudencia del TPIY -y la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), aunque en menor medida- ha desarrollado los elementos constitutivos de los crímenes de guerra cometidos en los CANI⁶ y determinó que, para violar el artículo 3, la conducta debe cumplir con la siguiente prueba:

- La violación debe constituir una violación de una norma del DIH;
- La regla debe hacer parte de la costumbre internacional o, si pertenece a la ley de tratados, se deben cumplir todas las condiciones requeridas en el tratado;
- La violación debe ser “seria”, es decir, debe constituir una infracción de una norma que protege valores importantes e implica graves consecuencias para las víctimas; y
- La violación de la regla debe implicar, según el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que infringe⁷.

² Ver, e.g., Convenio relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra Art. 3, Agosto 12, 1949, 75 U.N.T.S. 135 (“Convenio de Ginebra III”).

³ Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de agosto de 1949, y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales, 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 609 (“Protocolo II”). Colombia se convirtió Parte del Protocolo II en 1995.

⁴ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de agosto de 1949, y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977, (“Protocolo I”). Colombia se convirtió Parte del Protocolo I en 1992.

⁵ Ver CICR Base de Datos de Derecho Internacional Consuetudinario, Regla 158, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule158, que establece: “Los Estados deben investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus nacionales o fuerzas armadas, o en su territorio, y, si corresponde, enjuiciar a los sospechosos. También deben investigar otros crímenes de guerra sobre los que tienen jurisdicción y, si corresponde, enjuiciar a los sospechosos.”; https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule158.

⁶ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, modificado en septiembre de 2009, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (1993). Artículo 3: [El TPIY tiene competencia sobre] “personas que violan las leyes o costumbres de la guerra”, incluido el empleo de armas venenosas, la destrucción indiscriminada no justificable por la necesidad militar, los ataques contra ciudades o edificios indefensos, la incautación o destrucción de bienes culturales, y saqueo.”

⁷ Fiscal c. Duško Tadić, Decisión sobre la Moción de la Defensa para el Interlocutorio sobre Jurisdicción, Caso No. IT-94-1-AR72, ¶ 94 (2 de octubre de 1995).



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

La doctrina, por su parte, ha definido los crímenes de guerra como cualquier acto u omisión cometido en un conflicto armado y que constituye una violación seria de las leyes o la costumbre del DIH y que haya sido penalizado por un tratado o por el derecho consuetudinario⁸.

Así mismo, en su estudio magistral de Derecho Internacional y con base en esta jurisprudencia y la práctica de los Estados, el CICR ha identificado una larga lista de crímenes de guerra aplicables tanto a los CAI como a los CANI⁹. De hecho, los redactores del Estatuto de Roma incluyeron muchos de los crímenes de guerra contemplados en este listado -aunque no todos- dentro del artículo 8. Como resultado, el Estatuto de Roma se convirtió en el primer tratado internacional en atribuir la responsabilidad penal individual a los crímenes de guerra cometidos en conflictos internos¹⁰. Dicho lo anterior, y a pesar de que la Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional (CPI) modificó el Estatuto de Roma dos veces para extender la jurisdicción de la CPI sobre crímenes de guerra cometidos en los CANI¹¹, la lista de crímenes de guerra aplicables a los CAI sigue siendo mas larga que aquella que se aplica a los CANI.

En conclusión, aunque los tratados del DIH no tratan todas las infracciones del DIH como crímenes de guerra *per se*, los Estados parte se rigen por la costumbre y tienen además derecho a designar infracciones adicionales al DIH como crímenes de guerra (incluso aquellos cometidos en los CANI)¹² dentro de sus códigos penales nacionales, y así lo han hecho muchos Estados en relación con su ratificación del Estatuto de Roma¹³.

En la legislación colombiana, por ejemplo, el Código Penal del 2000¹⁴ integró en su cuerpo normativo los “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”¹⁵ en los cuales se tipifica la responsabilidad penal individual de manera semejante a aquellos delitos contenidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma¹⁶. En algunos casos el legislador aumentó el alcance de algunos tipos penales que no están incluidos en el Estatuto, lo cual fue considerado permisible por Corte Constitucional, siempre y cuando aquellas modificaciones no disminuyeran o restringieran la aplicabilidad de los crímenes de guerra bajo el DIH¹⁷. De lo anterior se desprende que los Estados pueden tipificar delitos como

⁸ El primero con respecto a tres delitos de armas y el segundo con respecto al uso del hambre como arma de guerra. Ver Alexander Schwartz, *War Crimes*, *Max Planck Encyclopedia of International Law* (Sept. 2014).

⁹ CICR, Base de datos de derecho internacional consuetudinario, Regla 156, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule156.

¹⁰ Jelena Pejic, *The International Criminal Court Statute: An Appraisal of the Rome Package*, 34 *Int'l Law*. 65, 71 (2000).

¹¹ Consejo Federal de Suiza, *Swiss Initiative: Intentional Starvation of Civilians in Civil Wars is Now a War Crime* (Dec. 6, 2019), <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-77442.html>.

¹² La Oficina de Investigación de Crímenes de Guerra de la Facultad de Derecho de Washington de la American University compiló estos estatutos nacionales que incluyen los incorporan crímenes de guerra en una base de datos en 2013. Consulte la Facultad de Derecho de la American University Washington, Oficina de Investigación de Crímenes de Guerra, Proyecto de Jurisdicción Universal, <https://www.wcl.american.edu/impacto/iniciativas-programas/crimenes-de-guerra/nuestros-proyectos/proyecto-jurisdiccion-universal/>.

¹³ Una colección de estos estatutos está disponible en la biblioteca del Congreso de los Estados Unidos. Ver Biblioteca del Congreso, Estatutos de Crímenes de Lesa Humanidad y of Congress, *Crimes Against Humanity Statutes and Disposiciones en el Código Penal de Jurisdicciones Seleccionadas*, <https://www.loc.gov/law/help/crimes-against-humanity/index.php>; Genocidio, Crímenes de lesa Humanidad, y Jurisdicción de Crímenes de Guerra

¹⁴ Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, de 24 de julio, Congreso de República de Colombia, Diario oficial No. 44.097 (“Código Penal”).

¹⁵ *Id.* título II, Artículos 135-164.

¹⁶ Ver tabla comparada sobre la coincidencia del contenido de los artículos entre ambos códigos en Rosmerlin Estupiñán, *Los Crímenes de Guerra en Colombia. Estudios desde el Derecho Internacional y desde el Derecho colombiano* (2011). p.83-85. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/80915/rosmerlin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-291 de 2007 (25 de abril de 2007): “Únicamente serían contrarias al bloque de constitucionalidad aquellas disposiciones legales que, al incorporar la noción de “combatiente” al ámbito de la regulación de los conflictos armados internos, disminuyan o reduzcan el campo de aplicabilidad o la efectividad de tal garantías, o impidan que éstas se constituyan en medios para la materialización de los referidos principios humanitario.

crímenes de guerra bajo el DIH siempre y cuando dichas incorporaciones no alteren la efectividad o aplicabilidad de aquello dispuesto en los tratados internacionales de DIH.

II. Amnistía y selección de crímenes de guerra en contextos de transición

En la presente sección presentaremos los argumentos por los cuales consideramos que existe un entorno flexible para el uso de amnistías cuando se trata de delitos cometidos en el marco de los CANI. Para hacerlo mostraremos que: a) el derecho internacional no prohíbe el uso de amnistías o indultos, contrario a ello, en algunos casos alienta su utilización; b) estas pueden servir distintos propósitos encaminados a facilitar una transición hacia la paz y satisfacer los derechos de las víctimas; c) la amnistía es una medida perfectamente válida, aún más si hace parte de un sistema integral de justicia transicional encaminado a proteger y garantizar en la mayor medida posible los derechos de las víctimas; y d) aunque el ordenamiento interno de la legislación colombiana proscribe el uso de las amnistías para los crímenes de guerra, permite, por medio de la selección, la aplicación de otras figuras como la extinción de la acción penal en aquellos crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática con el fin de garantizar que la justicia se concentre en los más responsables de los crímenes más graves.

Para abordar lo anterior tendremos como fundamento los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma, la costumbre internacional, el softlaw internacional, el Acuerdo Final, el artículo transitorio 66 de la Carta, los artículos 1 y 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, el artículo 19 de la Ley Estatutaria de la JEP¹⁸, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de otros tribunales internacionales, las prácticas nacionales e internacionales y la opinión de expertos.

Actualmente, el derecho internacional no prohíbe el uso de amnistías o indultos, contrario a ello, en algunos casos promueve su utilización. El Protocolo II en este sentido establece que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”¹⁹. Si bien el CICR ha interpretado que esta disposición excluye los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales, el uso generalizado de las amnistías al final de tales conflictos indica que la interpretación de esta disposición que los Estados han venido adoptando es diferente.

Tampoco existe una prohibición de las amnistías en el derecho internacional consuetudinario. Las Convenciones de Ginebra exigen a los Estados el enjuiciamiento de graves violaciones cometidas en los CAI, pero no hace la misma exigencia para los crímenes de guerra cometidos en los CANI. Adicionalmente, la práctica continua de los Estados de conceder amnistías para estos delitos²⁰ confirma que no se puede inferir la existencia de una regla según la cual las amnistías y otros beneficios penales estén radicalmente prohibidos para todos los crímenes de guerra dentro del derecho consuetudinario.

Por otro lado, algunos tratados incluyen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de delitos como genocidio, infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, tortura y desapariciones forzadas, lo cual ha sido interpretado en el sentido de que los Estados firmantes de dichos tratados infringen las obligaciones allí contenidas si promulgan amnistías generales e incondicionadas u otras

¹⁸ Ley 957 de 2019, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”, 6 de junio, Congreso de la República. Diario Oficial No. 50.976 (“Ley Estatutaria”).

¹⁹ Protocolo II, *supra nota* 3, Artículo 6(5).

²⁰ Laura Wise, *Territorial Power-sharing and Inclusion in peace Processes*. (2018), <https://www.peaceagreements.org/publication/10>



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

medidas para evitar los enjuiciamientos. Así, aun cuando no existe un tratado que prohíba específicamente el uso de amnistías, cuando se trata de amnistías absolutas e incondicionadas, éstas han venido siendo revocadas por los tribunales internacionales²¹.

Sin embargo, en *Gomes Lund c. Brasil* la Corte IDH, al considerar la legalidad de una ley de amnistía brasileña en lo que respecta a las desapariciones forzadas de más de 60 personas durante la era del régimen militar de Brasil, señaló que esta a diferencia de otras leyes de auto amnistía del Cono Sur, surgió como parte de "un proceso amplio y gradual de cambio político y redemocratización del país" y, así, reconoció que una ley de amnistía podría formularse de tal manera que pudiera desempeñar un papel importante en un proceso de justicia transicional y democratización²².

Lo anterior se torna especialmente relevante en la medida en que dichas amnistías generalizadas que ha revocado la Corte IDH han sido a) en su mayoría, diseñadas sin un sustento democrático legítimo²³ y b) no incluían la reparación de las víctimas ni el reconocimiento de responsabilidad para los perpetradores. Al día de hoy, este tribunal aún no ha asumido conocimiento respecto de una ley de amnistía determinada y condicionada, por ejemplo, a la reparación, la verdad y el reconocimiento de responsabilidad. La Corte IDH tampoco ha abordado un sistema integral de justicia transicional que ofrezca a los perpetradores sanciones reducidas por su participación genuina en la transición y la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición.

El *Soft Law* internacional también ha contemplado la importancia de las amnistías o indultos para facilitar una negociación de paz, un proceso de desarme, la construcción de confianza entre las partes enemigas, o un incentivo para que quienes causaron daños contribuyan a la satisfacción de los derechos de las víctimas, entre otras²⁴.

Por lo tanto, en la medida en que las amnistías logren incentivar la contribución a la reparación de las víctimas y la no repetición de las violaciones, éstas pueden ser figuras ideales para contribuir a la reconciliación, para lograr democracias más fuertes, mayor protección de derechos humanos y prevenir futuras atrocidades. De hecho, si la amnistía tiene elementos fuertes que le permitan garantizar que sus beneficiarios van a contribuir a la satisfacción del derecho a la verdad y la reparación, puede incluso ser entendida como una amnistía restaurativa²⁵.

²¹ Tales han sido los casos de Argentina, El Salvador. Ver, por ejemplo, *Masacres de El Mozote y lugares cercanos v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costos, Sentencia, Inter-Am. Connecticut. HR, pars.297-98 (25 de octubre de 2012) [en adelante *El Mozote*] ("la Corte recuerda que cualquier persona, incluidos los familiares de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, tiene derecho a conocer la verdad, de conformidad con los artículos 1 (1), 8 (1) y 25 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]"); *Gomes Lund v. Brasil*, Fondo, Reparaciones y Costos, Sentencia, Inter-Am. Connecticut. de RRHH, par. 141-6 (24 de noviembre de 2010) (citando la jurisprudencia y / u órdenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Comité contra la Tortura de la ONU, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, relatores especiales de la ONU, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.); *Barrios Altos v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costos, Opinión concurrente del juez García Ramírez, Inter-Am. Connecticut. H.R., par. 13 (14 de marzo de 2001); *Almonacid Arellano v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costos, Sentencia, Inter-Am. Connecticut. H.R., par. 123-8 (26 de septiembre de 2006).

²² *Gomes Lund v. Brasil*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. of H.R., par. 133 (Nov. 24, 2010). La Corte IDH finalmente sostuvo que la ley de amnistía de Brasil era incompatible con las obligaciones internacionales de derechos humanos del estado porque violaba los derechos de las víctimas a un juicio justo y a la protección jurídica consagrada en los Artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1 (1) y 2 de la Convención Americana.

²³ Algunos expertos sostienen que el proceso mediante el cual se establece una amnistía podría tener impacto sobre su legitimidad. Las leyes de amnistía que gozan de cierta legitimidad democrática, se promulgan en el contexto de negociaciones justas entre las partes beligerantes, involucran a las víctimas en su diseño e implementación, y están integradas en una estrategia más amplia para la paz, son ejemplos. Ver Louise Mallinder, *Amnesties and Inclusive Political Settlements* 7, PA-X Report: Transitional Justice Series (2019).

²⁴ The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Transitional Justice Institute, University of Ulster 2013. Pág. 8 Disponible en: www.ulster.ac.uk/transitionaljustice http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BelfastGuidelines_TJI2014.pdf

²⁵ Mark Freeman, *Necessary Evils: Amnesties and search for justice* (2009), https://assets.cambridge.org/97805218/95255/frontmatter/9780521895255_frontmatter.pdf; Kieran McEvoy, y Louise Mallinder *Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy*. (2012). *Journal of Law and Society*, 39: 410–440. doi:10.1111/j.1467-



Una reciente publicación de IFIT detalla mejor cada uno de estos argumentos y presenta una serie de ejemplos que permiten vislumbrar casos en los que se han diseñado este tipo de formas de flexibilidad penal en favor de prevenir futuras atrocidades y satisfacer los derechos de las víctimas²⁶.

Ahora bien, el marco constitucional y legal en Colombia excluye la posibilidad de amnistiar crímenes de guerra pero le otorga la posibilidad a los tribunales de utilizar herramientas como la selección y la priorización para garantizar que la administración de justicia transicional se concentre efectivamente en los más responsables de los crímenes más graves.

La selección fue introducida en el ordenamiento constitucional colombiano mediante el artículo 66 transitorio de la Carta Política que establece que tanto los criterios de selección como los de priorización son inherentes a justicia transicional y buscan centrar los esfuerzos de la acción penal en los más responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Este artículo le otorgó la facultad al legislador para que, por medio de Ley Estatutaria, estableciera los criterios y condiciones para la renuncia condicionada a la persecución penal de los casos no seleccionados²⁷.

Al estudiar la Ley de Amnistía²⁸, la Corte Constitucional²⁹ declaró que en ningún caso se pueden amnistiar crímenes de guerra y que, por lo tanto, la palabra “grave” contenida en el artículo 23 no se ajustaba a la Constitución. En esta oportunidad, la Corte recordó también que las herramientas de selección y priorización de la persecución penal responden al deber de juzgar y sancionar las conductas más lesivas para la dignidad humana, eje definitorio del ordenamiento superior, y de develar estructuras y patrones de macro-criminalidad ante atrocidades masivas o sistemáticas. Aún más, especificó que en todos los casos estas estrategias de selección y priorización deben contener contrapartidas claras en pro de la satisfacción de los derechos de las víctimas.

La Corte ha determinado además que la obligación de investigar, juzgar y sancionar le impone al Estado el deber de realizar una investigación que sea seria, imparcial, efectiva y cumplida, en un tiempo razonable³⁰. En este sentido ha reconocido también la importancia de la selectividad como un instrumento de justicia transicional excepcional, que se justifica porque tiene como finalidad facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz y frente al cual existe un sinnúmero de experiencias de tribunales internacionales³¹.

En este sentido, al estudiar el artículo 19 de la Ley Estatutaria de la JEP, la Corte recalcó que la facultad de no seleccionar se distingue de la amnistía por cuanto esta última es una medida más general para delitos de menor gravedad y que por lo tanto, si bien la amnistía no procede para crímenes de guerra, la JEP

6478.2012.00591.x. La amnistía restaurativa podría ser posible en el caso de Colombia, si “el conjunto de requisitos que este tipo de amnistías exige a los combatientes (...) el reconocimiento de sus responsabilidades, el sometimiento a una CVR y a programas de DDR y la contribución a la reparación integral de las víctimas”. De acuerdo con los autores, en ese caso la amnistía “(...) apunta, justamente, a lograr una reconstrucción de aquellos lazos sociales quebrantados y, por tanto, a una reconciliación nacional”.

²⁶ IFIT, *Replanteando la paz y la justicia*, (octubre de 2019), <https://www.ifit-transitions.org/resources/publications/major-publications-briefings/rethinking-peace-and-justice/rethinking-peace-and-justice-spanish.pdf/view>

²⁷ Constitución Política de 1991, Artículo transitorio 66; Acto Legislativo 01 de 2012, Artículo 1.

²⁸ Ley 1820 de 2016, “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.”, 30 de diciembre Congreso de la República. Diario Oficial No. 50.102. (“Ley de Amnistía”)

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-007 de 2017 (18 de enero de 2017).

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013 (28 de agosto de 2013).

³¹ *Id.*



puede dejar de seleccionar aquellos que no constituyen graves crímenes de guerra, es decir, aquellos que son cometidos de manera sistemática y que por lo tanto son cometidos en el marco de un plan o política³².

En conclusión, las amnistías son herramientas válidas, tanto en el derecho internacional, como en la práctica de los Estados, en tanto busquen fines legítimos como la paz y la reconciliación y los derechos de las víctimas. Y más aún si estas medidas se enmarcan en un andamiaje condicional y comprensivo encaminado a proteger y garantizar en la mayor medida posible los derechos de las víctimas, como es el caso del Sistema Integral de justicia transicional en Colombia.

III. Estatus de las fuerzas de policía en conflictos armados no internacionales

En este acápite presentaremos el estado del derecho internacional respecto de las fuerzas de policía en los CANI³³ y, con fundamento en el principio de distinción, explicaremos las razones por las cuales, en los CANI, los agentes de policía en principio son considerados civiles y personas protegidas. Argumentaremos que el principio de distinción debe ser desvirtuado en cada caso analizando factores como modo y lugar donde se presentaron las hostilidades. Lo anterior se hará con base los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, distintos convenios y tratados aplicables a las fuerzas militares, civiles y prisioneros de guerra en situaciones de conflicto armado, decisiones de la Corte de Sierra Leona, y de doctrina como las opiniones del CICR y de otros expertos internacionales.

La ley que rige los CANI no se basa en las determinaciones del estatus de los combatientes como sí se hace en los CAI. Por ejemplo, el concepto de "civil" no está expresamente definido en estos tratados de DIH. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra simplemente brinda protección para "personas que no participan activamente en las hostilidades", incluidos los "miembros de las fuerzas armadas que están fuera de combate" por lesiones, enfermedades o captura³⁴. Además, el Protocolo II, el tratado más completo aplicable a los CANI, se refiere a la "población civil" pero no define "civil" ni introduce un concepto análogo al estatus de combatiente del Protocolo I³⁵. Dicho lo anterior, el principio de distinción se aplica en todos los CANI, lo que implica que estas categorías existen en la práctica con el propósito de planificar ataques militares.

Así mismo, los tratados de DIH no contienen reglas claras respecto de los cuerpos de policía en los CANI³⁶. Cuando se trata de los CAI, el Protocolo I hace referencia a los agentes de policía cuando dice: "Cada vez que una Parte en un conflicto incorpore una agencia paramilitar o una fuerza armada de orden público en sus fuerzas armadas, deberá notificar a las otras Partes en conflicto"³⁷. La práctica estatal revela un alto grado de variación en cuanto a si los agentes de policía u otros actores civiles (que pueden describirse de

³²Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018 (15 de agosto de 2018).

³³ El estado de los actores gubernamentales en los NIAC se considera extensamente en Sean Watts, *Present and Future Conceptions of the Status of Government Forces in Non-International Armed Conflict*, 88 INT'L L. STUD. 146 (2012).

³⁴ Esta formulación se encuentra en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, sección 1. Convenio para la mejora de la condición de los heridos y enfermos en las Fuerzas Armadas en el campo art. 3 de agosto 12, 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31; Convención para la mejora de la condición de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar art. 3 de agosto 12, 1949, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85; Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra art. 3 de agosto 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135; Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra art. 3 de agosto 12, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 ("Artículo común 3").

³⁵ Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War* (2010) ("aquí no hay" combatientes, legales o de otro tipo, en los conflictos del Artículo 3 Común); véase también Ministerio de Defensa del Reino Unido, *Manual de la Ley de Conflicto Armado* par. 15.6.1. (2004) ("La ley relativa a los conflictos armados internos no se refiere específicamente a la condición de combatiente o la pertenencia a las fuerzas armadas"); ver generalmente Watts, *supra nota* 35, en 148.

³⁶ Ha surgido un debate similar con respecto a la participación de los agentes de inteligencia de los Estados en conflictos armados. Watts, *supra nota* 35, en 154 ("el debate sobre la autoridad del personal no militar para participar en las hostilidades [está] ganando impulso").

³⁷ Protocolo I adicional, *supra nota* 4, Artículo 43(3)

diversas maneras como guardias fronterizos, la guardia civil, la policía y otros actores armados que no forman parte de la cadena de mando militar ordinaria) son asimilados en las fuerzas militares de los estados³⁸.

El DIH que rige a los CANI es aún más silencioso en cuanto al estado de otros actores gubernamentales, incluidos los agentes de policía, en escenarios de conflicto³⁹. Ni los tratados ni la costumbre contienen reglas claras que rijan el estado o el tratamiento de dichos agentes gubernamentales en los CANI⁴⁰. Según la doctrina, las razones de este vacío legal son tres: a) una práctica según la cual los actores estatales (incluidos los agentes de policía) no necesitan del Derecho Internacional para justificar su participación en un CANI ya que las acciones adoptadas por un Estado para defenderse contra una insurgencia se encuentran en el corazón mismo de la soberanía y la seguridad nacional; b) una política según la cual los Estados generalmente se han resistido a la creación de reglas que equiparen los CAI y los CANI, dotando a los segundos de mayor flexibilidad y evitando conferir legitimidad a las fuerzas rebeldes⁴¹; y c) una académica por cuanto hasta el momento no hay consenso sobre este punto entre los expertos⁴².

En conclusión, el DIH no regula el estatus o la identidad de todas las fuerzas que los Estados podrían desplegar contra los grupos armados en un CANI, y esta pregunta sigue siendo un tema que debe ser interpretado desde la ley y la política nacional. En otras palabras, "[l]a naturaleza y estado de las fuerzas gubernamentales utilizadas en los CANI ha sido un área dominada por la ley municipal"⁴³.

Dicho lo anterior, hay claras limitaciones implícitas en las categorías de actores gubernamentales que están autorizados a participar en las hostilidades. Además de gobernar las prácticas de focalización de los ataques, el principio de distinción también incluye los deberes de los combatientes de distinguirse de los civiles. Históricamente, los combatientes han logrado esto separándose físicamente en el espacio, vistiendo uniformes identificables, y llevando sus armas abiertamente.⁴⁴ En un CANI, el uso de actores que no se puedan distinguir de la población civil, o el personal de otras agencias que no participan directamente en las hostilidades, frustraría los intentos de los insurgentes de observar el principio de distinción en sus propios ataques.⁴⁵ Dicho esto, si bien conforme al principio de distinción los combatientes generalmente tienen el deber de distinguirse de los civiles,⁴⁶ "[pocos], si los hubiera, combatientes involucrados en el CANI podrían afirmar que fueron inducidos al error por los uniformes, armamentos e incluso vehículos utilizados por agentes de policía, a pesar de su carácter no militar"⁴⁷.

³⁸ Ver CICR, Base de datos de Derecho Internacional Consuetudinario, *Práctica relacionada con la definición de la regla 4L de las Fuerzas Armadas*, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule4_sectionb.

³⁹ Ver Watts, *supra nota* 35, en 149.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* en 150-51 (alegando que los Estados no quieren restringir su libertad de acción, y no quieren otorgar a los rebeldes legitimidad o privilegios bajo el derecho internacional, especialmente cuando esos privilegios no pueden ser otorgados a cambio). Véase también Comentario IV sobre Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra 6-7, 44 (Jean S. Pictet ed., 1958) (señalando que sin el Artículo 3 común que garantiza que ninguna de sus disposiciones afectaría "el estado legal de las Partes en conflicto", pues de lo contrario "ni el Artículo 3, ni ningún otro Artículo en su lugar, hubiera sido adoptado".)

⁴² Watts, *supra nota* 35, en 149-52

⁴³ Watts, *supra nota* 35, en 149

⁴⁴ Watts, *supra nota* 35, en 158.

⁴⁵ Watts, *supra nota* 35, en 159.

⁴⁶ Ver Protocolo I adicional, *supra nota* 4; Artículo 44 (que requiere a los combatientes que "se distingan de la población civil mientras están involucrados en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque") y el Artículo. 48 ("Para garantizar el respeto y la protección de la población civil y los objetos civiles, las Partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre la población civil y los combatientes y entre los objetos civiles y los objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones solo contra militares objetiva."); Protocolo II adicional, *supra nota* 3, Artículo 13 (1) (protegiendo a la población civil de "los peligros derivados de las operaciones militares" y de los ataques intencionales "a menos y durante el tiempo que participen directamente en las hostilidades").

⁴⁷ Watts, *supra nota* 35, en 160

El estado incierto de los agentes de policía en el DIH plantea una pregunta importante: ¿los ataques a los agentes de policía por parte de actores no estatales en un CANI están regulados por el Derecho Internacional como violaciones del DIH o como crímenes de guerra? El Tribunal Especial para Sierra Leona enfrentó esta misma cuestión en el caso que involucra a altos comandantes en el Frente Unido Revolucionario y el Consejo Revolucionario de la Junta y las Fuerzas Armadas, dos fuerzas rebeldes que se enfrentaron al gobierno⁴⁸. Los acusados fueron acusados de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones serias del DIH. En su sentencia, que consideró si los agentes policiales del Estado eran personas protegidas, la Sala de Primera Instancia declaró:

87. Los organismos armados de aplicación de la ley de un Estado generalmente tienen el mandato de proteger y mantener el orden interno del Estado. Por lo tanto, como una presunción general y en la ejecución de sus deberes típicos de aplicación de la ley, dichas fuerzas se consideran civiles para los efectos del DIH. Esta misma presunción no existirá para la policía militar o la gendarmería que operan bajo el control de los militares.

88. La Cámara opina que la situación de los agentes de policía en un momento de conflicto armado debe determinarse caso por caso a la luz de un análisis de los hechos particulares. Una fuerza policial civil, por ejemplo, puede incorporarse a las fuerzas armadas, lo que hará que la policía sea clasificada como combatientes en lugar de civiles. Esta incorporación puede ocurrir *de lege*, por medio de una ley formal, o *de facto*.

El Tribunal Especial para Sierra Leona observó la ley nacional para determinar que la policía de Sierra Leona operaba bajo el control del Ministerio del Interior, una autoridad civil⁴⁹. El Tribunal determinó que las fuerzas rebeldes atacaron deliberadamente a las estaciones de policía y a los oficiales de policía por percibirlos como colaboradores en un momento en que las víctimas no participaban en las hostilidades. Como tal, los acusados fueron condenados por haber cometido asesinatos ilegales⁵⁰.

En Colombia, la policía ha sido definida como “una organización de naturaleza civil, a cargo de la Nación, que tiene una finalidad principalmente preventiva en el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, y para asegurar que los habitantes del territorio vivan en paz”⁵¹ lo cual significa, en principio, que no está diseñada para hacer parte de la guerra.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la policía se encuentra en una zona gris frente al DIH a su clasificación en el marco del DIH, pues, a pesar de su naturaleza civil, han participado en las hostilidades y a su vez ha sido objetivos militares de la guerrilla en Colombia⁵².

En conclusión, y de acuerdo con lo argumentado en la presente sección, los agentes de policía, como parte de la administración civil del Estado, deberían ser considerados civiles y, por lo tanto, personas protegidas bajo el DIH independientemente de la clasificación del conflicto. Sería entonces un crimen de guerra que un miembro de un grupo armado no estatal involucrado en un CANI atacara deliberadamente a un miembro de la policía nacional o municipal.

⁴⁸ Fiscal c. Issa Hassan Sesay, et al., Caso No. SCSL-04-15-T, Sentencia (2 de marzo de 2009).

⁴⁹ *Id.* par.87.

⁵⁰ *Id.* par. 1571.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1206 de 2001 (16 de noviembre de 2001).

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-280A de 2016 (27 de mayo de 2016).

De la misma forma, si los agentes de policía participan directamente en las hostilidades, pierden su inmunidad frente a los ataques mientras estén participando en combate⁵³ “cuando las necesidades de la guerra así lo justifiquen”⁵⁴. En este caso, un ataque contra un oficial de policía que participa, si bien constituiría, según el caso, un delito en el derecho penal interno y podría ser procesada como tal, no sería catalogado como un crimen de guerra según el *derecho internacional*. En este mismo sentido, los civiles pueden ser procesados por crímenes de guerra si violan las normas que rigen los medios y métodos de guerra o el trato que se les debe otorgar a las personas protegidas.

IV. El concepto de máximos responsables

En este acápite abordaremos y presentaremos a) la evolución del concepto de máximos responsables por parte de tribunales nacionales, internacionales e híbridos; y b) la manera como se ha venido aplicando en relación con la selección y priorización de casos. Así mismo, abordaremos la manera como este concepto ha sido aplicado en el ordenamiento interno colombiano.

Los mandatos de varios de los tribunales híbridos limitaron expresamente su jurisdicción personal en algunos aspectos a "los máximos responsables" de la comisión de crímenes internacionales. Por ejemplo, el artículo 1 del Estatuto de las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya faculta a la Corte para enjuiciar a dos categorías de personas: “(...) altos dirigentes de la Kampuchea Democrática [Khmer Rouge] y aquellos considerados más responsables de los graves crímenes y violaciones contra el derecho penal camboyano, el DIH y las costumbres y las convenciones internacionales reconocidas por Camboya, que se cometieron durante el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 al 6 de enero de 1979”⁵⁵.

Asimismo, el artículo 1(1) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona confirió a ese tribunal híbrido con jurisdicción sobre: “(...) personas a quienes quepa la mayor responsabilidad por las infracciones graves del derecho internacional humanitario y el derecho de Sierra Leona cometidas en el territorio de ese país a partir del 30 de noviembre de 1996, incluyendo aquellos líderes que, al cometer dichos crímenes, han amenazado el establecimiento y la implementación del proceso de paz en Sierra Leona”⁵⁶.

Así mismo, si bien los dos primeros tribunales *ad hoc* -TPIY y TPIR- no incluyeran en su mandato el concepto de máximo responsable, en la práctica estas instituciones también se concentraron en investigar, juzgar y sancionar a responsables en las más altas posiciones de liderazgo. De hecho, en un momento posterior, y como parte de las Estrategias de Conclusión de los Tribunales, el Consejo de Seguridad ordenó al personal de estos tribunales remitir a los responsables de rangos más bajos a los

⁵³ Juan Carlos Abella c. Argentina, Caso 11.137, Informe No. 55/97, Inter-Am. C.H.R., OEA / Ser.L / V / II.95, pars. 176-178, 189, 328 (1997); y Jonathan Crowe, International Humanitarian Law and the Challenge of Combatant Status, *The International Law Annual* 18 (2014), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2461547.

⁵⁴ Ver Corte Constitucional de Colombia, supra nota 53.

⁵⁵ Ley sobre la creación de las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya para la Persecución de Crímenes Cometidos de Durante el Período de la Kampuchea Democrática, en su forma enmendada Reach Kram, , No. NS/RKM/1004/006, Oct. 27, 2004, https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

⁵⁶ Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona Art. 1, Ene. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 145 (“Estatuto SCSL”) <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> (énfasis añadido).



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

tribunales nacionales de Yugoslavia, Ruanda y a otros Estados dispuestos a asumir los casos⁵⁷ en virtud de la regla 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba de los tribunales⁵⁸.

En última instancia, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona determinó que esta disposición es una directriz investigativa y procesal y no una regla inamovible⁵⁹. En el caso de las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, los jueces tomaron la misma posición⁶⁰. Ahora bien, esto ha producido diferencias y disensos entre operadores del tribunal respecto de la manera en la que se debería interpretar el concepto y qué categorías constituyen efectivamente "máximos responsables". Así pues, las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya ampliaron su jurisdicción personal de manera que pudiera juzgar al jefe de Tuol Sleng, un famoso centro penitenciario y de tortura⁶¹.

Los jueces y fiscales adjuntos camboyanos e internacionales tuvieron muchas posiciones encontradas respecto del deber y pertinencia de investigar y juzgar a algunos líderes regionales⁶² y otros que no hacían parte del círculo más cercano de Khmer Rouge⁶³. Los debates giraron en torno a a) si las personas en cuestión tenían poderes en la formulación de políticas; b) su cercanía con los altos mandos de Khmer Rouge; c) si ocupaban puestos regionales importantes en la jerarquía de Khmer Rouge o; d) si estaban acusados de delitos serios (incluido el genocidio)⁶⁴. Como consecuencia, la aplicación del término "máximo responsable" se volvió altamente polémica ante las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya.

Adicionalmente, la Oficina de la Fiscal de la CPI cuenta con una política con lineamientos sobre la selección y priorización de casos que define su estrategia de persecución penal⁶⁵. Esta depende, en parte, en quienes son los más responsables de los crímenes de competencia la CPI⁶⁶. En esta política, la Oficina de la Fiscal también estableció una serie de factores que se deberán tener en cuenta para selección y priorización de casos.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que tanto la jurisprudencia existente, como la práctica procesal muestran que el concepto "máximos responsables" puede referirse a a) el rango y el estatus del acusado; b) la gravedad de los delitos en cuestión; o c) el papel central desempeñado por el acusado en el curso de la conducta criminal. Como resultado, este concepto podría abarcar las siguientes categorías de actores:

⁵⁷ Dr. Joseph Rikhof, *Who Are Most Responsible in International Criminal Law?*, 3 PKI Global Justice J. 77 (Nov. 21, 2019), <https://globaljustice.queenslaw.ca/news/who-are-most-responsible-in-international-criminal-law>.

⁵⁸ Ver Susan Somers, *Rule 11 bis of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Referral of Indictments to National Courts*, 30 Boston College Int'l & Comp. L. Rev. (2007), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255746.

⁵⁹ Ver Charles Chernor Jalloh, *Prosecuting Those Bearing "Greatest Responsibility": The Lessons of the Special Court for Sierra Leone*, 96 Marquette L. Rev. 863, 865, 893-894 (2013).

⁶⁰ Ver *Fiscal v. Ieng Sary, sentencia de apelación, expediente del caso 001/18-07-2007-ECCC/SC*, pars. 63, 79 (Feb. 2, 2012).

⁶¹ *Ieng Sary*, *supra* nota 61, en pars. 44-79 (discutiendo la interpretación del Artículo 1).

⁶² Ver Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Co-Investigating Judges Issue Two Separate Closing Orders in the Case Against Yim Tith*, <https://www.eccc.gov.kh/en/articles/co-investigating-judges-issue-two-separate-closing-orders-case-against-yim-tith>.

⁶³ Ver Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Co-Investigating Judges Issue Two Separate Closing Orders in the Case Against Meas Muth*, <https://www.eccc.gov.kh/en/articles/co-investigating-judges-issue-two-separate-closing-orders-case-against-meas-muth>.

⁶⁴ Ver Rikhof, *supra* nota 57.

⁶⁵ Oficina de la Fiscal, Corte Penal Internacional, *Strategic Plan 2016-2018*, (2015), par.34; Oficina de la Fiscal, Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Case Selection And Prioritisation*, (2016), p. 14-15.

⁶⁶ Oficina de la Fiscal, Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* par. 37 (Sept. 15, 2016) ("La evaluación de gravedad incluye aspectos cualitativos y cuantitativos por parte de la Oficina del Fiscal de la CPI."), https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Ver *id.* pars. 38-41 para una discusión de los factores que intervienen en la evaluación de la escala, la naturaleza, la forma de comisión y el impacto.

- Comandantes y líderes militares y civiles *de facto* o *de jure*, de las fuerzas gubernamentales, fuerzas paramilitares o grupos armados no estatales, que fueron los arquitectos de las atrocidades masivas, que ordenaron que los subordinados cometieran delitos, o que ejercieron una responsabilidad superior sobre los perpetradores directos. Una evaluación del nivel de responsabilidad debería tener en cuenta a) el grado de participación del acusado en los delitos, incluida en la formulación del plan o política; b) la posición jerárquica del sospechoso, incluido el número de subordinados a su cargo y sus superiores; y c) la autoridad efectiva del individuo⁶⁷.
- Responsables de crímenes o abusos de derechos humanos *representativos o extremadamente graves*, que constituyen crímenes de lesa humanidad o graves crímenes de guerra. El concepto de gravedad en el derecho penal internacional tiene componentes cuantitativos (en el sentido del número de víctimas) y componentes cualitativos (que reflejan el hecho de que ciertos crímenes de guerra protegen valores importantes que deben defenderse a toda costa)⁶⁸. Al evaluar la gravedad, los fiscales observan a) la escala de los delitos (incluido el alcance geográfico y temporal y el número de incidentes⁶⁹); b) su naturaleza y forma de ejecución (es decir, si son generalizadas y/o sistemáticas); y c) el impacto de los crímenes en las víctimas (físicas y psicológicas), sus comunidades y el medio ambiente. Los delitos cometidos contra grupos vulnerables, o los delitos cometidos de conformidad con una política formal, pueden considerarse particularmente graves.

En la práctica, estos factores son considerados por los tribunales en conjunto. Las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, por ejemplo, emplean una prueba doble para determinar a los "máximos responsables" incorporando tanto la gravedad de los presuntos delitos como el nivel de responsabilidad del acusado⁷⁰. En cualquier caso, este término excluye a miembros de la base, incluidos soldados y combatientes que cometen crímenes de guerra aislados.

En Colombia, la Corte Constitucional ha aplicado la noción de máximo responsable en virtud de las definiciones que los tribunales penales internacionales⁷¹ entendiendo que no existe una definición unificada sobre el máximo responsable. Una característica común entre los diferentes tribunales penales internacionales consiste en la utilización de esta figura para identificar a quienes tienen un rol esencial. La Corte concluye por lo tanto que máximo responsable es quien "tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática"⁷².

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional también distinguió entre el concepto de máximo responsable y la responsabilidad de mando que "no fue concebida para criminalizar a quienes cumplen

⁶⁷ *Ver e.g.*, Extraordinary Chambers of the Court of Cambodia , Case File No. 001, Judgment, 26 July 2010, E188, par. 22; ECCC, Case File No. 004/1, D261, Closing Order (Reasons), 10 July 2017, pars. 39-41.

⁶⁸ *Ver* Geneva Academy of International Humanitarian Law & Human Rights, *What Amounts to 'A Serious Violation of International Human Rights Law'?*, Academy Briefing No. 6 (Aug. 2014), https://www.geneva-academy.ch/joomla-tools-files/docman-files/Publications/Academy%20Briefings/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf.

⁶⁹ *Ver e.g.*, Extraordinary Chambers of the Court of Cambodia , Case File No. 004/1, D261, Closing Order (Reasons), 10 July 2017, par. 317; ECCC, Case File No. 001, E188, Judgment, 26 July 2010, par. 22; ECCC, Case File No. 003, D266, Order Dismissing the Case Against Meas Muth, 28 November 2018, par. 366 (acknowledging this to be the appropriate standard).

⁷⁰ *Ver, e.g.*, Extraordinary Chambers of the Court of Cambodia , Case File No. 001, F28, Appeal Judgement, 3 February 2012, pars.71, 80; ECCC, Case File No. 001, E188, Judgment, 26 July 2010, par. 22; ECCC, Case File No. 004/1, D261, Closing Order (Reasons), 10 July 2017, pars. 37-41.

⁷¹ La comparación de los criterios con los que se ha definido el concepto de máximos responsables en el TPIY, el TPIR, Bosnia y Herzegovina y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional que hace la Corte Constitucional se puede encontrar en.Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579 de 2013 (28 de agosto de 2013).

⁷²*Id.*



un rol esencial en la acción criminal, sino para sancionar un fenómeno delictivo muy específico, referido a la omisión en el deber de control de los subordinados”⁷³.

En conclusión, los tribunales penales internacionales han centrado, generalmente, sus recursos y su atención en las personas consideradas como "máximos responsables" de los crímenes más graves. En algunos casos esto responde a una realidad de recursos limitados y se materializa mediante la discrecionalidad de la Oficina de la Fiscal y, en otros, hace parte del mandato del propio tribunal. En todos los casos analizados, los criterios que se han utilizado para aplicar el concepto de "máximos responsables" se centran en dos factores: a) el rango y/o la posición del acusado y; b) la gravedad y/o escala de los crímenes.

V. La aplicación del artículo 8 y efectos del artículo 124 del Estatuto de Roma en el marco jurídico de la JEP

Finalmente, en este acápite abordaremos la jurisdicción de la JEP para conocer, juzgar y sancionar crímenes de guerra cometidos antes de la entrada en vigor del artículo 8 del Estatuto de Roma y durante el periodo de reserva del artículo 124. En esta sección argumentaremos que a) el artículo 124 del Estatuto de Roma se aplica únicamente respecto de la jurisdicción de la CPI y no tiene impacto en la competencia de las jurisdicciones nacionales; b) los crímenes de guerra tienen origen consuetudinario y convencional, y, por lo tanto, c) la JEP puede calificar como crímenes de guerra aquellas conductas reconocidas como tales en el derecho consuetudinario, incluso antes de haber sido codificadas nacional o internacionalmente. Lo anterior se desarrollará partiendo de lo establecido en la primera sección del presente concepto, y con base en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina internacional, Ley Estatutaria de la JEP, el Código Penal Colombiano, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El artículo 124 del Estatuto de Roma se concibió como una provisión temporal que permitía a los Estados privar a la CPI de su jurisdicción por crímenes de guerra por siete años. Actualmente, sigue existiendo algún disenso en la literatura en relación con el alcance temporal del artículo 124. Por un lado, algunos argumentan que una vez que expira el periodo de 7 años, la CPI obtiene jurisdicción retroactiva sobre cualquier crimen de guerra cometido mientras las disposiciones del artículo 124 estaban vigentes. Por otro lado, se afirma que la CPI solamente hubiese tenido jurisdicción sobre crímenes de guerra cometidos después de que la declaración del artículo 124 caducó o fue retirada, pero nunca sobre crímenes anteriores a ese punto⁷⁴.

Independientemente de la posición que se asuma, el artículo 124 aplica solamente para la jurisdicción de la CPI y, por lo tanto, si los tribunales colombianos pueden o no ejercer jurisdicción sobre crímenes de guerra cometidos durante el conflicto armado es una función de la legislación nacional y de los principios *ex post facto* establecidos en su Constitución.

El concepto de crímenes de guerra ha existido desde cuando las sociedades humanas han estado en guerra entre sí⁷⁵. El Estatuto de Roma no estableció el concepto de crímenes de guerra; más bien, codificó un

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 674 de 2017 (14 de noviembre de 2017).

⁷⁴ Ver Shana Tabak, *Article 124, War Crimes, and the Development of the Rome Statute*, 40 *Georgetown J. of Int'l Law* 1069, 1082-3 (2009).

⁷⁵ Ver Michael Bryant, *A world history of war crimes: from antiquity to the present* (2016)

número de crímenes de guerra que ya existían en forma de tratados o en el Derecho Internacional Consuetudinario.

Muchos Estados han codificado el contenido del artículo 8 del Estatuto de Roma en sus propios códigos penales nacionales⁷⁶. En algunos casos, los Estados han incorporado todo el contenido del artículo 8, y en otros lo han adaptado a su propio marco legal, agregado o retirando crímenes de guerra particulares. Colombia, por su parte, codificó las conductas que atentan contra bienes o personas protegidas por el DIH⁷⁷ el 24 de julio del 2000 mediante la expedición del Código Penal⁷⁸.

En general, los Estados aplicarán la ley penal que existía en el momento en que actuó el acusado en virtud del principio fundamental de la legalidad y la prohibición *ex post facto*. Sobre lo anterior, el Pacto Internacional de PIDCP articula este concepto como un derecho de juicio justo. Sin embargo, este tratado crea una excepción por conductas criminales según el Derecho Internacional, incluso si no estaban específicamente prohibidas o criminalizadas por la legislación nacional en el momento en que el acusado actuó⁷⁹. Dicha disposición establece que:

- “Nadie será declarado culpable por ningún delito a causa de ningún acto u omisión que no constituya un delito penal, de conformidad con el derecho nacional o internacional, en el momento en que se cometió. (...)
- Nada en este artículo perjudicará el juicio y el castigo de cualquier persona por cualquier acto u omisión que, en el momento en que se cometió, fuera un delito de acuerdo con los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones”.

Tanto los tribunales penales nacionales como los internacionales han procesado a individuos por conductas anteriores al instrumento legal aplicable con base en esta justificación.⁸⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ha sido impugnado, generalmente ha confirmado el derecho del Estado de enjuiciar a la persona por los delitos en cuestión⁸¹ en los casos en que dicha conducta criminal ya era considerada un crimen de guerra por el Derecho Internacional Consuetudinario⁸².

Por lo tanto, en el Derecho Internacional, es legítimo procesar como crímenes de guerra conductas que precedieron la promulgación del Estatuto de Roma⁸³, cuando son determinados como tales en la costumbre internacional. Lo importante en este punto es analizar si la legislación nacional pertinente ya existía en el momento en que se cometió el delito, o, en caso contrario, si la jurisdicción está facultada para conocer de casos en virtud del Derecho Internacional Consuetudinario.

⁷⁶ Ver los argumentos relacionados con la sección sobre La relación entre el DIH y los crímenes de guerra y, particularmente la notas al pie que contienen las bases de datos de la legislación nacional Amnesty International, *Universal Jurisdiction: A Preliminary Survey of Legislation Around the World—2012 Update* (2012), [amnesty.org/download/Documents/24000/iur530192012en.pdf](https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/iur530192012en.pdf).

⁷⁷ Código Penal, *supra nota* 15, . Título II, Artículos 135 a 164.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo. 15(2), 999 U.N.T.S. 171 (1976).

⁸⁰ Ver Shane Darcy, *The Principle of Legality at the Crossroads of Human Rights and International Criminal Law*, EN ARCS OF GLOBAL JUSTICE (Margaret M. DeGuzman & Diane Marie Amann eds., 2018).

⁸¹ Beth Van Schaack, *Crimes Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, 97 Georgetown L. J. 119 (2008); ver, e.g., *Konorov v. Latvia*, App. No. 36376/04 (ECtHR, July 24, 2008).

⁸² Ver, e.g., *Konorov c. Latvia*, App. No. 36376/04 (ECtHR, July 24, 2008).

⁸³ A esta interpretación se ha acogido la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 1995, (18 de mayo de 1995), al expresar que “la mayoría de los convenios de derechos internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas” pues “la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen”.



INSTITUTE FOR INTEGRATED TRANSITIONS

Ambos escenarios son aplicables a Colombia. El primero toda vez que desde 2000 el Código Penal colombiano tipifica conductas que atentan contra bienes o personas protegidas por el DIH⁸⁴. El segundo, dado que el artículo 23 de la Ley Estatutaria de la JEP contempla el DIH como marco jurídico aplicable de manera preferente.

Finalmente, quisiéramos reiterar que las anteriores sugerencias se presentan con el mayor respeto y reconocimiento de las labores de la JEP, desde sus diferentes Salas y Secciones, en administrar justicia orientada hacia el cierre del conflicto armado, velando por la seguridad jurídica de los comparecientes y la mayor respuesta posible de los derechos de las víctimas.

Junto con nuestra red de expertos -desde los diferentes grupos locales o temáticos-, nos ponemos a disposición de la Sección de Apelación y de demás órganos de la JEP, para aclarar cualquiera de los conceptos mencionados en la presente intervención o para seguir contribuyendo en lo que consideren pertinente.

Cordialmente,

Martha Maya Calle

Directora de Proyectos en América Latina
Instituto para las Transiciones Integrales – IFIT
mmaya@ifit-transitions.org

⁸⁴ Código Penal, *supra nota* 15, Título II, Artículos 135 a 164.