

Señores

**Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)**

Tribunal para la Paz

Sección de Apelación

Bogotá D.C

E. S. D

**Asunto:** Concepto jurídico - TPSA 189 de 2020  
de la Sección de Apelación

Los profesores, investigadores y estudiantes integrantes del Semillero de Investigación de la Jurisdicción Especial Para la Paz de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, identificados al pie de nuestras firmas, nos dirigimos a ustedes para rendir concepto sobre la mayoría de las preguntas formuladas en el oficio TPSA 189 de 2020 que nos fue comunicado el día 23 de enero de 2020, vía correo electrónico.

**1. Las infracciones al derecho humanitario como crímenes de guerra.**

*1.1 ¿Cuál es el estado del derecho internacional actual en cuanto al sentido y alcance del concepto de crímenes de guerra? ¿Cómo se regulan los crímenes de guerra a nivel doméstico? ¿Es toda infracción al derecho humanitario un crimen de guerra, tanto en conflictos armados internacionales y no internacionales?*

La noción de crimen de guerra tiene una larga evolución en el derecho internacional. En un principio, el crimen de guerra carecía de una sistematización debido a que no existían instrumentos de derecho internacional que codificaran las normas costumbres que existían sobre la guerra. Tan solo hasta la segunda mitad del siglo XIX empezó una tendencia de codificación con instrumentos como la Declaración de París sobre Derecho del Mar o la Convención de Ginebra sobre Soldados Heridos<sup>1</sup>. Este desarrollo evolucionó en la primera mitad del siglo XX, en especial por las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, que contribuyeron a una codificación más detenida de las normas de la guerra. Sin embargo, fue gracias a la instalación de los tribunales de Nuremberg y Tokyo que se hizo el primer avance significativo para definir el concepto de crimen de guerra<sup>2</sup>.

De esta manera, es necesario conocer la definición de crimen de guerra que se consagró y su evolución hasta su codificación en el Estatuto de Roma. El artículo 6, literal b.) del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, definió los crímenes de guerra, como sigue:

---

<sup>1</sup> Theodor Meron, "Reflections On The Prosecution Of War Crimes By International Tribunals", *American Journal Of International Law* 100, no. 3 (2006): 551-579, p.553

<sup>2</sup> Ibid, p. 559.



**“ARTÍCULO 6.**

*b) Crímenes de guerra: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.*<sup>3</sup>

En 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, a través de la Resolución 2391<sup>4</sup>, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Esta hace énfasis en el hecho de que los crímenes de guerra son “las infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra el 12 de agosto de 1949<sup>5</sup> para la protección de las víctimas de la guerra. De igual forma, el Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra<sup>6</sup> establece que las infracciones graves a los instrumentos internacionales que regulen los conflictos armados ya sean internacionales o no internacionales, son crímenes de guerra.

En adición, el Estatuto de Roma del año 1998<sup>7</sup>, en su artículo 8 establece que se entenderán como crímenes de guerra:

*“a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: (véase Estatuto de Roma)*  
*b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (Véase Estatuto de Roma)*  
*c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: (véase Estatuto de Roma)*

---

<sup>3</sup> Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg. 1945. Disponible en: [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto\\_del\\_tribunal\\_de\\_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66)

<sup>4</sup> Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. 26 de Noviembre de 1968. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>

<sup>5</sup> Convenios de Ginebra. 12 de Agosto de 1949. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>

<sup>6</sup> Véase nota 7.

<sup>7</sup> Estatuto de Roma. 1998. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

*e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (véase Estatuto de Roma)”*

Es importante también definir que según el literal a) del Estatuto de Roma, se considera crimen de guerra cualquier infracción grave a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949<sup>8</sup>. Por lo tanto, según lo contenido en el artículo 8 del Estatuto de Roma, son crímenes de guerra las conductas que atenten contra los Convenios de Ginebra y contra otras leyes y usos aplicables en los conflictos armados, enunciadas por el mismo Estatuto. En ese sentido, todos los crímenes de guerra enunciados por el Estatuto de Roma son, a la vez, una infracción a una norma internacional sobre regulación de conflictos armados. Es decir, son infracciones al DIH. Sin embargo, no todas las infracciones al DIH son crímenes de guerra, según el Estatuto de Roma<sup>9</sup>.

De otro lado, frente a la regulación doméstica, el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) incluyó en su el Título I, del Libro II, el capítulo único que tipifica los delitos “contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Estos tipos penales tienen un ingrediente contextual referente a que, para su configuración, deben ser cometidos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado. Todos los sujetos pasivos de estos tipos penales son “personas protegidas por el DIH”, que están listadas en el parágrafo del artículo 135 del Código Penal.

La jurisprudencia nacional ha establecido sus propios límites en relación con las disposiciones internacionales. En la sentencia C-007 de 2018, por ejemplo, la Corte Constitucional explica que el legislador colombiano tiene la facultad de regular la protección que ya provee el Estatuto de Roma. Esta regulación puede ampliar el ámbito de aplicación ya que, dadas las características del conflicto colombiano, puede que en un caso concreto sea sostenible una interpretación que derive en que una conducta constituye crimen de guerra a pesar de que, a primera vista, no sea sistemática o no se consideraba una infracción grave al DIH. A su vez, la sentencia C-290 de

---

<sup>8</sup> **ARTÍCULO 50.** Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio:

El homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de Traducciones.

**ARTÍCULO 147.** Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

<sup>9</sup> El CICR desarrolló un cuadro comparativo entre los crímenes de guerra del Estatuto de Roma y las disposiciones que le corresponden en otras normas internacionales. Ver: *Los crímenes de guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el Derecho Internacional Humanitario*. Servicio de asesoramiento de la CICR. Disponible en:

[https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/sp\\_-\\_crimenes\\_de\\_guerra\\_cuadro\\_comparativo.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/sp_-_crimenes_de_guerra_cuadro_comparativo.pdf)

2012 aunque no resuelve de fondo, brinda argumentos con bases concretas y afirma que las infracciones al derecho internacional humanitario no deberían prescribir con el fin de proteger integralmente a las víctimas del conflicto.

En conclusión, la definición actual de los crímenes de guerra -desde una perspectiva evolucionista del derecho internacional- encuentra su positivización en el Estatuto de Roma. Esta definición implica que todo crimen de guerra es una infracción grave al DIH, mas no que toda infracción al DIH sea un crimen de guerra. Por último, la legislación colombiana acepta y defiende las reglas del derecho internacional humanitario en ese sentido, busca ser un sistema complementario que se remite y se basa en los tratados ratificados por Colombia, pero la comprensión de dichas nociones ha tenido un desarrollo propio por el contexto del conflicto armado interno que ha derivado en estándares establecidos por vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

*1.2 ¿Se puede considerar que las normas contenidas en el Código Penal desde el año 2000 son parámetros de catalogación de una conducta como crimen de guerra en Colombia?*

Las normas contenidas en el capítulo de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario son parámetros de catalogación de una conducta como crimen de guerra en Colombia. Las conductas reguladas en los artículos de este capítulo están conformes a las que protege el derecho internacional humanitario en los instrumentos internacionales que las codifican. Sin embargo, es importante observar que la protección del Código Penal, en este caso, ofrece una mayor garantía interna, aumentando el alcance de las protecciones al eliminar el requisito de gravedad como necesario para que se configure el crimen de guerra. Así mismo, al utilizar la lógica interna del Código Penal, se admite la autoría, participación y determinación en las conductas que representan estos crímenes y por tanto también el rango de aplicación de la norma. De esta manera, el Código Penal refuerza el derecho internacional al dar un tratamiento especial a los bienes y personas protegidas en el marco del conflicto armado interno.

## **2. La posibilidad de amnistiar las graves violaciones al DIH**

*2.1. ¿Cual es el estado del derecho internacional en cuanto a la posibilidad de amnistiar infracciones e infracciones graves al derecho internacional humanitario?*

El estado actual del derecho internacional, por regla general, proscribela posibilidad de amnistiar crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y otras graves violaciones a los derechos humanos. Esta noción parte de la base de que las amnistías, en estos casos, pueden resultar contrarias a las obligaciones de los Estados en materia de satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Dentro de este marco, la política de las Naciones Unidas ha buscado garantizar que se lleve ante la justicia a los máximos responsables de violaciones graves de derechos humanos y del DIH para garantizar a las víctimas el derecho a un recurso judicial

efectivo, incluida la reparación<sup>10</sup>. Por otro lado, el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, establece los límites en la aplicación de amnistías a los autores de delitos graves conforme al DIH y, por tanto, no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones de realizar investigaciones imparciales de todas aquellas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que se les atribuyen<sup>11</sup>.

El derecho internacional consuetudinario aplicable al Protocolo adicional II de los Convenios de Ginebra relativo a los conflictos armados no internacionales (CANI) excluye de la posibilidad de amnistía a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello.

El Tribunal Especial para Sierra Leona, en la decisión sobre impugnación de jurisdicción *amnistía otorgada por el Acuerdo de Lomé (2003)*, declaró que la concesión de amnistías por parte de un Estado no excluye el enjuiciamiento por crímenes de guerra y otros crímenes internacionales ante un tribunal internacional. En un sentido similar, el fallo *de Furundžija (1998)* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia trató sobre el crimen de tortura y señaló que una amnistía para los delitos cuya prohibición había alcanzado estatus de *jus cogens* era inválida<sup>12</sup>.

No obstante, existen ciertas amnistías que excluyen las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario mencionadas y pueden, en circunstancias apropiadas, dejar sin efecto las consecuencias jurídicas de anteriores violaciones de derechos humanos<sup>13</sup>. Entre los ejemplos se incluyen amnistías que disminuyen la condena de personas que fueron condenadas por actos de disenso político no violento y se elimina la amenaza de enjuiciamiento por conducta anterior con el fin de motivar a los exiliados políticos a que regresen a sus países de origen. Si bien ese tipo de amnistía intenta eliminar las consecuencias de una violación de los derechos humanos se corre el riesgo de perpetuar algunos aspectos de la violación inicial<sup>14</sup>. Esto sucedió en casos como el de Albania, en donde el gobierno promulgó, en 1993, una amnistía a través de una ley que disponía que "se considera inocentes a todos los

---

<sup>10</sup> Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social, anexo, Principio 19.

<sup>11</sup> Resolución 2005/81 del Consejo Económico y Social, relativa a la impunidad, párr. 20.

<sup>12</sup> Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. "Amnistías", Andreas O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (La Haya, Kluwer International, 2004), pág. 2. La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona describió las amnistías como una forma de "indulto masivo", Fiscal c. Kondewa, caso N° SCSL-2004-14-AR72(E).

<sup>13</sup> Véase, *Aydin v. Turkey*, N° 23178/94, fallo de 25 de septiembre de 1997, párr. 103; *Assenov et al. v. Bulgaria*, N° 24760/94, fallo de 28 de octubre de 1998, párr. 102; *Kurt v. Turkey*, párr. 140; *Yasa v. Turkey*, N° 22495/93, fallo de 2 de septiembre de 1998, párr. 114; *Mahmut Kaya v. Turkey*, N° 22535/93, fallo de 28 de marzo de 2000, párr. 124; *Timurta, s v. Turkey*, N° 23531/94, fallo de 13 de junio de 2000, párr. 87. Corte Penal Internacional

<sup>14</sup> Las amnistías pueden facilitar los programas de repatriación voluntaria de personas que ya no pueden beneficiarse de la condición de refugiados (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 17).

[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf)

que han sido condenados por delitos políticos"<sup>15</sup>. Esta cuestión pudo generar amnistías indirectas a graves crímenes de guerra. En este punto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos establece que debe protegerse plenamente el derecho a la expresión política no violenta, y que los Estados deben tratar de no otorgar impunidad a quienes violan los derechos humanos mas no algunos delitos políticos susceptibles de amnistía.

En conclusión, en algunas circunstancias las amnistías son permitidas para delitos políticos en materia internacional, es decir, delitos legítimamente castigados y enjuiciados de conformidad con normas internacionales que pueden hacer avanzar los objetivos del DIH al permitir que los prisioneros de guerra que se encuentren enfermos regresen a su lugar de origen con el fin de reducir las condiciones precarias de las cárceles en diferentes Estados.<sup>16</sup> No obstante, en otros casos, como se evidenció frente a crímenes de guerra por ejemplo, las amnistías no son posibles, dada la gravedad de los actos cometidos.

### **3. Las fuerzas de policía en los conflictos armados no internacionales**

#### *3.1. ¿Cuál es el estado del derecho internacional en cuanto tratamiento de las fuerzas de policía en los conflictos armados no internacionales?*

En principio, las fuerzas de policía tienen el mismo tratamiento de civiles (persona protegida) a los efectos del DIH<sup>17</sup>. Este principio se refuerza con la distinción entre neutralidad y beligerancia contenida en el artículo 16 de la Convención de La Haya V de 1907, según la cual, los servicios prestados en materia de policía no se considerarán como cometidos en favor de un beligerante, y, por tanto, conservarán su condición de neutrales y civiles. Ahora bien, la pérdida de su calidad ocurre cuando participan directamente en las hostilidades y están formalmente incorporados a las fuerzas armadas. En este evento, la condición de combatiente se extenderá hasta finalizar su participación<sup>18</sup>. Esta discusión se enriquece en disposiciones internacionales que refieren los márgenes de aplicación del DIH y enuncian la posibilidad de perder dicha calidad en conflictos armados no internacionales<sup>19</sup>. En concreto, el derecho internacional se propone distinguir entre la aplicación el derecho de policía (*law enforcement*) y el DIH (*hostilities paradigm*) cuando se trata de operaciones del cuerpo de policía, ya sean de naturaleza civil o militar.

---

<sup>15</sup> Ley N° 7660, citada en Mallinder, op. cit., pág. 65. En su estudio de 1985 el Sr. Joinet observó: "Se considera que estas personas son las que deben beneficiarse prioritariamente de la amnistía" (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párr. 52)

<sup>16</sup> Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980, OEA/Ser.L/V/II.50, doc. 13 rev.1, cap. IV, sec. I (2 de octubre de 1980). Amnistías en delitos políticos E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1, párrs. 24 a 26.

<sup>17</sup> Crawshaw, R., & Holmström, L. (2015). Essential Rules of Behaviour for Police in Armed Conflict, Disturbance and Tension: Legal Framework, International Cases and Instruments.

<sup>18</sup> ICRC, Informe sobre el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, (2015), p 119.

<sup>19</sup> Los conflictos armados no internacionales se rigen principalmente por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del mismo año, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales (Protocolo II).

Al respecto de la aplicación del DIH a las fuerzas de policía, es relevante mencionar que la adjudicación, ya sea como participe o no en un conflicto armado, se establece en función del objetivo que se establezca desde mando de la operación mas no por la calidad del sujeto. En esta lógica, si las tareas se limitan a las actividades habituales de aplicación de la ley y no tienen ninguna relación directa con las operaciones militares que pueda emprender el componente militar, el personal de policía debe ser considerado como civil a los efectos del DIH<sup>20</sup>. En este orden de ideas, si la policía civil se encuentra en un contexto de conducción de hostilidades entre partes en un conflicto, y su función se restringe a mantener el orden público, su condición de civil se conserva. Lo anterior se entiende en lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 59 del Protocolo I, según el cual las fuerzas de policía que tengan la finalidad de mantener el orden público en localidades no defendidas—lugar donde las fuerzas armadas estén en contacto y que esté abierta a la ocupación por una Parte adversa—, no podrán cometer actos de hostilidad, ni emprender actividad alguna en apoyo de operaciones militares. Lo anterior, con el objetivo de cumplir con la finalidad de protección a civiles y conservar su calidad de persona protegida.

Sobre esta discusión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999), a través del tercer reporte de la situación de derechos humanos en Colombia, considera que el acto de defenderse de hostilidades no puede considerarse como actos que configuren la participación en el conflicto armado dado que:

*“[...] la realización de las actividades normales de aplicación de la ley por parte de los miembros de una fuerza de policía civil durante situaciones de hostilidades internas no puede considerarse, en principio, como actos hostiles que supongan una amenaza inmediata de daño a los oponentes armados del Estado. Si la policía se enfrentara a los guerrilleros en el desempeño de estas funciones, éstos tendrían derecho a defenderse a sí mismos, así como a la vida y los bienes de los demás. Tales actos no son incompatibles con su condición de civiles[...].”<sup>21</sup>*

En cuanto la distinción entre una operación de aplicación de la ley o conducción de hostilidades, el TPIY en el caso *Johan Tarčulovski* (Caso N. IT-04-82-T), consideró que el acusado era penalmente responsable por dirigir la operación policial en un pueblo de la ex República Yugoslava de Macedonia (FY-ROM), que significó el asesinato, destrucción de bienes, y tratos crueles e inhumanos como crímenes de guerra. La acusación se fundamentó en que las conductas no se desarrollaron dentro de una operación legítima de aplicación de la ley y no estaba justificada por una necesidad militar.

En circunstancias excepcionales, el personal de policía de una operación nacional puede verse obligado—mediante una decisión oficial o informal del mando de la operación—a prestar apoyo

---

<sup>20</sup> Las personas que no participan activamente en las hostilidades, entre las que se incluyen los combatientes colocados fuera de combate y los que se denominarían civiles en las normas que rigen la conducción de los conflictos armados internacionales, no pueden ser objetivos militares durante el combate. (artículo 3 común a los Convenios)

<sup>21</sup> Comisión Interamericana de Derechos humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (1999), capítulo IV. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99en/chapter.4a.htm>

militar al componente militar en operaciones contra un grupo armado no estatal que sea parte en un conflicto armado no internacional. En este caso, los miembros de las unidades de policía asumen efectivamente las funciones de las fuerzas armadas bajo el mando de una parte en el conflicto armado. Como resultado, el personal de policía de las unidades que han recibido instrucciones para emprender una acción de combate perdería su inmunidad contra los ataques directos, hasta que abandonen su unidad o sean dados de baja de forma duradera de las operaciones militares emprendidas por el componente militar<sup>22</sup>.

El párrafo 3 del artículo 43 del Protocolo I, en ese sentido, señala que para que se conceda a un funcionario de policía la condición de combatiente, este debe ser miembro de un organismo armado encargado de hacer cumplir la ley (Policía Nacional) y debe haberse asimilado oficialmente a las fuerzas armadas de una parte en conflicto. Al respecto es preciso mencionar que el artículo 43 (1) del Protocolo I, define a las fuerzas armadas de una parte en el conflicto como todas las *“fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa”*. Adiciona además que *“dichas fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”*.

Al respecto de la incorporación de los organismos de policía a las fuerzas armadas, se impone la obligación de notificar a las demás partes en el conflicto. En el evento en que no se haya surtido una incorporación formal, la condición de esos grupos se juzgará en función de los hechos y a la luz de los criterios de definición de las fuerzas armadas. Cuando estas unidades participan en las hostilidades y cumplen los criterios de las fuerzas armadas, se consideran combatientes<sup>23</sup>.

El caso RUF (Caso No. SCSL-04-15-T) ante el Tribunal Especial para Sierra Leona ayuda a ilustrar el tratamiento de las fuerzas de policía al participar directamente en hostilidades. En esa oportunidad, la Sala de Primera Instancia señaló que las fuerzas armadas solo se convertirían en objetivos militares legítimos si participaran directamente en las hostilidades y solo lo serán durante el período de su participación directa. La Sala sustentó que la cuestión de si los civiles han participado directamente en las hostilidades, dicha participación entendida como "los actos que, por su naturaleza o finalidad, tienen por objeto causar daños efectivos al personal y material del enemigo", debe decidirse en función de los hechos concretos de cada caso y debe existir una relación causal suficiente entre el acto de participación y sus consecuencias inmediatas.

En todo caso, cabe resaltar que si las fuerzas de policía participan directamente en las hostilidades contra objetivos legítimos en virtud del DIH, aquellos deben respetar las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades. Al igual, deben estar adecuadamente equipados

---

<sup>22</sup> ICRC, Informe sobre el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, (2015), p 117.

<sup>23</sup> Protocolo Adicional I, Artículo 43 (3)

y capacitados. Luego, desde el punto de vista de sus obligaciones legales, los policías deben evitar y sancionar todo tipo de conductas que infrinjan el DIH, en especial por su preparación y capacitación para proteger a la población civil.

En el caso *Miroslav Kvočka* (Caso No. IT-98-90/1-T), la Sala de Primera Instancia del TPIY, condenó al acusado a siete años de prisión por asesinato y tortura como crimen de guerra en la región de Prijedor (campamento de Omarska). La Sala consideró que, al ser policía profesional adscrito a la comisaría de policía de Omarska, tenía la suficiente influencia para prevenir o detener los actos de extrema la violencia física y mental que fueron infringidos a los no serbios encarcelados en el campo. De forma similar, la Sala de Primera Instancia en el caso *Vlatko Kupreskic* (Caso No. IT-95-16-T) encontró al acusado responsable por persecución como crimen de lesa humanidad, por participar en su calidad de oficial de operaciones policiales, en los preparativos del ataque a Ahmići. El acusado participó de forma activa durante el ataque (uso de armas de fuego) y prestó su asistencia a las fuerzas atacantes (aceptando el uso de su casa como punto estratégico y zona de ensayo para las tropas atacantes). La Sala consideró que, en calidad de cómplice, era consciente de que el ataque no sería una batalla entre militares, sino que se atendería contra los civiles musulmanes de su propia aldea.

Para finalizar, en lo que respecta a la Policía Nacional de Colombia, hay varios puntos que se deben tener en cuenta al momento de ponderar están protegidas por el DIH o si pierden dicha protección por su participación en las hostilidades del conflicto armado interno, según los estándares descritos. Entre ellos se destacan los siguientes aspectos que dificultan el análisis:

- (i) A pesar de que constitucionalmente se considera como un cuerpo civil, es importante anotar que éste hace parte de las Fuerza Pública y que está adscrito al Ministerio de Defensa desde el Decreto 1814 de 1953.
- (ii) Orgánicamente habría que diferenciar sus direcciones o grupos de trabajo en tanto que sus funciones y actividades pueden estar más o menos conexas al contexto del conflicto armado; esto se da, por ejemplo, al comparar la Dirección de Tránsito y Transporte y los COPEs (Comandos en Operaciones Especiales y Antiterrorismo).
- (iii) Si bien se consideró que si la Policía se restringe a mantener el orden público en principio se entiende que éste mantendrá su naturaleza de civil, sin embargo, desde un análisis contextual puede generar algunas dificultades. Por ejemplo, un primer escenario sería la participación del ESMAD por manifestaciones en zona rural en el Departamento del Cauca, en un segundo escenario, la participación conjunta del Gaula - Policía Nacional y Gaula - Ejército Nacional para la liberación personas secuestradas.

#### **4. Los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos**

*¿Los Tribunales penales internacionales estatutarios han utilizado esa noción de “máximos responsables de los crímenes más graves y representativos” al momento de investigar, juzgar y sancionar conductas bajo su competencia? ¿En caso de haber utilizado ese concepto, cuáles han sido los criterios o parámetros que los referidos Tribunales definieron para su aplicación? ¿Los sistemas judiciales de otros países han desarrollado o implementado la noción de*

*“máximos responsables de los crímenes más graves y representativos” cuando investigan, juzgan y sancionan delitos perpetrados bajo su jurisdicción?*

El desarrollo del derecho internacional a partir de las labores de los tribunales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional ha generado criterios para establecer qué se entiende como “máximo responsable de los crímenes más graves y representativos” y, por lo tanto, para que se priorice la acción penal en contra de estos. Al igual, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha analizado dicho concepto y, por tanto, construido estándares nacionales para su valoración.

A continuación, se describirán algunos de los criterios que se han establecido a través de los órganos de derecho internacional. Para ello, es relevante comprender que la figura del máximo responsable hace referencia a aquella persona que en el marco de las hostilidades haya tenido *“un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito. De esta manera, el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada, para lo cual se han utilizado diversos criterios... En consecuencia, un máximo responsable puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes”*<sup>24</sup>.

Con base en lo anterior, la Corte Penal Internacional en un *“policy paper”* describió que el máximo responsable se sigue de personas que dada “su posición e influencia, o las consecuencias de su actividad, así como sus acciones, pueden propiamente tener alguna influencia o efecto en la guerra”<sup>25</sup>. Este aspecto es relevante ya que, por ejemplo, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en razón a la persona, debe estar limitada en su campo de acción y lo hace solamente persiguiendo a los que tienen la mayor responsabilidad por los crímenes sujetos a su competencia. Esta noción de máximo responsable también se ha hecho presente en declaraciones del entonces Secretario General de las Naciones Unidas frente al Tribunal Ad Hoc de Sierra Leona, en el cual indicó: *“Se hace referencia a estos individuos de acuerdo con la autoridad de mando y a la gravedad y escala del crimen. Así mismo, se refiere a aquellos que jugaron un papel de liderazgo en el conflicto”*<sup>26</sup>. En suma, el máximo responsable es quien juega un rol trascendental en los actos activos u omisivos que se están perpetrando y los cuales están siendo juzgados por el tribunal correspondiente. Para la Corte Penal Internacional, concentrarse en estos sujetos, le permite maximizar sus efectos frente a la investigación y juzgamiento entorno a los actos cometidos. No obstante, la Corte ha enfatizado que los criterios que le permiten al juez determinar si una persona es o no máximo responsable, se deben interpretar de manera restrictiva. La razón de lo anterior, parte de los efectos que tiene el hecho

---

<sup>24</sup> Fiscalía vs. Ademic, “Decisión para la remisión a las autoridades de Croacia conforme a las reglas 11bis”, Caso No. IT-04-78- PT, Tribunal de Remisión, 14 de septiembre de 2005.

<sup>25</sup> Oficina del Fiscal, Corte Penal Internacional, "Criteria for Selection of Situations and Cases," draft policy paper on file with Human Rights Watch, June 2006 ("Policy Paper"): [https://www.hrw.org/news/2006/10/26/selection-situations-and-cases-trial-international-criminal-court#\\_Toc149368800](https://www.hrw.org/news/2006/10/26/selection-situations-and-cases-trial-international-criminal-court#_Toc149368800)

<sup>26</sup> Ibidem.

de ser considerado como el máximo responsable para un juez, en torno a las consecuencias jurídicas para la persona enjuiciada.

A partir de lo anterior, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, establece ciertos ejemplos de características que describen a los máximos responsables:

*“comandantes y otros superiores, si quienes son sus efectivos están involucrados en los crímenes”, “aquellos que tienen un rol causal importante en los crímenes”, “autores de mala reputación que se distinguen por su directa responsabilidad en crímenes particularmente graves”, y funcionarios de rango medio o bajo cuya participación resulta “necesaria para el caso en conjunto”<sup>27</sup>.*

De otro lado, el Tribunal de Núremberg sólo juzgó a los máximos responsables, entendidos como aquellos que tenían un *“liderazgo significativo”*<sup>28</sup>. Allí, el juez evaluaba la posición e influencia del indiciado sobre sus acciones y sobre el efecto e influencia que las mismas generaron en la guerra. En el juicio Farben se desarrolló este concepto, con base en los criterios de planificación y dirección en cabeza del sujeto investigado. El desarrollo analítico de este Tribunal amplió este concepto para calificar al máximo responsable como aquella persona que tiene el poder de delinear o influenciar la política del Estado, para lo cual se deben tener en cuenta 4 aspectos:

*“(i) No puede ser inferida solamente con la posición jerárquica, (ii) Depende de cada caso concreto, (iii) Se requiere que el sujeto tenga influencia en el plan o política de la organización y (iv), puede incluir individuos que hayan financiado de manera económica o industrial”<sup>29</sup>.*

Así, estos parámetros buscaban limitar el alcance del crimen de agresión a los máximos responsables y, a su vez, excluir la responsabilidad de los subordinados, de acuerdo con la motivación de *U.S. v. von Leeb et al*<sup>30</sup>.

Por otra parte, la Resolución 1534 de 2004 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que reguló el Tribunal ad hoc de Ruanda, enfatizó en la necesidad de que la investigación se concentrará en el procesamiento de los más altos dirigentes de quienes se sospechara, hubieran tenido la mayor responsabilidad respecto de los delitos que fuesen competencia del tribunal. En este orden de ideas, el Tribunal utilizó como criterio de selección de casos el nivel de participación y la posición en la sociedad del acusado como características determinantes en la configuración de la conducta punible. De esta forma, con ocasión del genocidio perpetrado en

---

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Kevin Jon Heller, *“Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression”*, (The European Journal of International Law Vol, 18 no, EJIL 2007), <http://www.ejil.org/pdfs/18/3/135.pdf>

<sup>29</sup> HELLER, Kevin Jon, *“The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law”*, (Oxford University Press, Nueva York, 2011), 185.

<sup>30</sup> Sin autor, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, (Nuremberg, 1949). Vol. IX: [https://www.loc.gov/r/r/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_war-criminals\\_Vol-IX.pdf](https://www.loc.gov/r/r/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IX.pdf)

este país, entre los Tutsis y los Hutus, los individuos, tanto civiles, como miembros del gobierno en turno, fueron enjuiciados de acuerdo con estos criterios. Ejemplos de esta circunstancia son los siguientes sujetos: Clement Kayishema el ex gobernador de Kibuye; Obed Ruzindama hombre de negocios acusado de haber organizado masacres en el oeste de Ruanda; Georges Rutaganda dirigente del partido quien “ayudó a armar a la milicia en Kigali y que ordenó a la milicia el asesinato de tutsis. Se le acusa también de ser accionista de la *Radio-Télévision des Mille Collines*, que instigaba al genocidio mediante la difusión periódica de propaganda”<sup>31</sup>. Por último, el Tribunal enjuició al coronel Theoneste Bagosora, que compareció ante el Tribunal el 23 de enero de 1997, acusado de genocidio y crímenes de lesa humanidad, “él se declaró no culpable con respecto a todos los cargos. Según un informe, el coronel Bagosora es el «pez más gordo» que haya pasado, hasta el presente, ante el Tribunal”<sup>32</sup>.

No obstante, es importante mencionar como altos dirigentes del Estado en turno, fueron enjuiciados por colaborar con los perpetradores de los crímenes de genocidio, el cual fue planeada y ejecutado con alto cuidado:

*“A partir de listas preparadas, un número desconocido e inaveriguable de personas portadoras, la mayoría de ellas de machetes, de garrotes con clavos o de granadas, asesinó metódicamente a quienes figuraban en las listas. Participó en este exterminio prácticamente cada segmento de la sociedad ruandesa: médicos, enfermeras, profesores, sacerdotes, monjas, negociantes, funcionarios gubernamentales de todos los rangos, incluso niños”*<sup>33</sup>.

El Tribunal para la Antigua Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827 del 2003. Esta resolución estableció la finalidad de juzgar a los máximos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio Yugoslavo a partir de 1991. Dos de los pronunciamientos más importantes de este Tribunal fueron aquellos que definieron los criterios para determinar si un individuo era o no el máximo responsable, indicando primero una fórmula para establecer el nivel de responsabilidad: “el nivel del acusado junto con el alcance de su autoridad de facto y de iure, el rol en la comisión de los crímenes y el posible rol político que la persona podría jugar en la organización”<sup>34</sup>, posiciones que fueron adoptadas tanto por “The United States of America vs. Carl Krauch, et al” y “The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker, et al”. Este criterio evidencia que se analiza el organigrama del aparato de poder para así determinar que el máximo responsable es quien tenga autoridad de acuerdo con una serie de reglamentos de la propia organización o quien, de acuerdo con la situación específica de los hechos en el caso en concreto, era quien llevaba las riendas del dominio del hecho.

---

<sup>31</sup> Chris Maina Peter, “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, (Prosecuting genocide in Rwanda: The ICTR and national trials , Lawyers Committee for Human Rights, Washington, D.C.1997): <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl75.htm>

<sup>32</sup> Ibidem

<sup>33</sup> Ibidem

<sup>34</sup> Paul Tavernier, “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, (Revista Internacional de la Cruz Roja, 1997), <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdl79.htm>

## 5. La catalogación de conductas como crímenes de guerra con base en el Estatuto de Roma

### 5.1. *¿Es procedente o no la catalogación de una o varias conductas como crimen guerra según el Estatuto de Roma en los procedimientos judiciales de la JEP sobre casos que ocurrieron antes de la entrada en vigor de ese tratado internacional?*

La entrada en vigor del Estatuto de Roma en el derecho doméstico se dio a partir de la ratificación de este el 1 de noviembre de 2002. De esta manera, con base en los principios de legalidad, de no retroactividad y de favorabilidad, consagrados en el artículo 6 de la ley 599 de 2000, la JEP no puede catalogar, desde las definiciones del Estatuto de Roma, como crímenes de guerra, conductas ocurridas antes de su entrada en vigencia<sup>35</sup>. Sin embargo, esto no significa que el derecho colombiano no contemplara, a través de otros instrumentos como la misma ley penal, los crímenes de guerra antes del noviembre del 2002. En la misma línea, tampoco significa que no se puedan catalogar conductas como crímenes de guerra, antes de esta fecha, con base en otros instrumentos internacionales. En este sentido, es posible identificar otras fuentes que facultan la catalogación de estas conductas previas a la entrada en vigencia del Estatuto como lo son las Convenciones de Ginebra, los Protocolos adicionales o la costumbre internacional.

### 5.2. *¿Es procedente o no la catalogación de una o varias conductas como crimen guerra según el Estatuto de Roma en los procedimientos judiciales de la JEP sobre casos que ocurrieron durante el lapso de vigencia de la reserva descrita en el artículo 124 del referido tratado internacional?*

Desde la ratificación del Estatuto de Roma es procedente la catalogación de las conductas cometidas en territorio nacional como crímenes de guerra, siempre y cuando estén en concordancia con las conductas descritas en el artículo 8 del mencionado Estatuto. No obstante, es menester precisar en que la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) para conocer casos ocurridos en Colombia no inicia sino hasta el 1º de noviembre del año 2009, plazo en el que venció la reserva, atendiendo lo estipulado en el artículo 124 del Estatuto de Roma. Debe entenderse que la jurisdicción de la CPI es universal, lo que se ratifica en el momento de la entrada en vigor del Estatuto es la competencia. Esto significa que técnicamente es correcto

---

<sup>35</sup> El Estatuto de Roma cataloga como crímenes de guerra a las conductas que constituyen graves violaciones a: “1) las disposiciones consagradas en los Convenios de Ginebra de 1949 contra personas o bienes protegidos por esas disposiciones; 2) las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho Internacional; 3) en un contexto de conflicto armado que no sea de índole internacional, al artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, esto es, cualquiera de los actos señalados en el artículo 8º literal (d) del Estatuto de Roma, cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas o quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa”. En International Criminal Court. <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC?lan=en-GB> (27 de febrero de 2009). Artículo 8, literales a, b, c y d.

utilizar la noción de crimen de guerra para calificar conductas ocurridas en Colombia como tales, siempre y cuando se distinga esta calificación con la competencia que tiene la Corte para investigar y juzgar dichas conductas.

Agradecemos la invitación extenida y esperamos que los argumentos acá planteados sirvan de insumo para la o las decisiones que debe proferir la Sección de Apelación.

Atentamente,

María Camila Correa Florez  
CC. No. 1020714409

Martín Perilla Alvarado  
C.C. No. 1.010.126.209

Juan Francisco Soto Hoyos  
C.C. No. 1020.727.916

Natalia Galindo Leudo  
C.C. No. 1.020.811.242

Andrés Felipe Martín Parada  
C.C. No. 1.026.290.979

Lucia Gutiérrez Gómez  
C.C. No. 1.020.830.027

Laura Restrepo Acevedo  
C.C. No. 1.032.472.535

Luis Miguel Montufar Correa  
C.C. No. 1.032.475.313

Joel Moris Fernando Ramírez Mendoza  
C.C. No. 1-072.646.819.

Juliana Andrea Botia Vargas  
C.C. No. 1.019.144.419

**Estudiantes:**

Juan Camilo Vivas Muñoz  
C.C. No. 1.020.820.790

Lina Daniela Palacios Ramírez  
C.C. No. 1.010.122.376