



Compilación de las intervenciones del *Transitional Justice Network* de la Universidad de Essex (ETJN) *Transitional Justice Network* de la Universidad de Essex (ETJN) , el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Essex Armed Conflict and Crisis Hub de la Universidad de Essex ante la Jurisdicción Especial Para la Paz

- 1. Consideraciones a propósito de la decisión adoptada por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP el 7 de mayo de 2018 ante la solicitud de sometimiento voluntario elevada por David Char Navas (Resolución número 000084)**

pp. 2-18

- 2. Concepto de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia sobre las cuestiones planteadas en el Auto APTP-SA-ECM 002 de 2018**

pp. 19-26

- 3. *Amicus curiae* de la Essex Transitional Justice Network (ETJN), el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Essex Armed Conflict and Crisis Hub de la Universidad de Essex**

pp.27-70

Consideraciones a propósito de la decisión adoptada por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP el 7 de mayo de 2018 ante la solicitud de sometimiento voluntario elevada por David Char Navas (Resolución número 000084)

Desde el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- y el *Transitional Justice Network* de la Universidad de Essex hemos seguido de cerca los recientes esfuerzos de la sociedad colombiana por superar el conflicto armado mediante el diálogo y la negociación. En su momento, celebramos la firma y refrendación del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno nacional de Colombia y las FARC-EP, y desde los escenarios académicos e investigativos que nos son propios hemos aportado reflexiones que alimenten los debates surgidos durante la etapa de implementación normativa y empírica del Acuerdo. Algunas de ellas, relacionadas con la puesta en marcha del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRGNR) de que trata el Punto 5.1.2. del Acuerdo Final de Paz.

Somos conscientes de los múltiples retos que en la actualidad enfrenta la Jurisdicción Especial para la Paz, componente judicial del Sistema Integral. Para empezar, todavía hace falta un marco normativo completo que oriente los procedimientos y decisiones con que deben funcionar las instancias de la JEP. Al Proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción aún le falta, para poder entrar en vigencia, superar el control previo de la Corte Constitucional; la ley de procedimiento acaba de superar el primer debate en el Congreso de la República, y el Reglamento Interno de la Jurisdicción está vigente pero no puede servir como marco normativo de muchas de las actividades que debe desarrollar la JEP para su correcto funcionamiento. Lo anterior se agrava por la demora injustificada de la Corte Constitucional en hacer público el contenido de la sentencia en que realizó el control automático e integral del AL 01/2017, norma que introdujo la JEP a nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata entonces de una jurisdicción nueva que se encuentra vigente desde el momento de expedición del AL 01/2017 (Art. 15), que debe operar un poco en el vacío y decidir sobre aspectos muy polémicos. Sin duda alguna, confluyen una elevada dosis de incertidumbre, expectativas sociales acerca de la labor del tribunal de cierre del conflicto armado y la presión social propia de un ambiente político electoral en el cual el proceso de paz está en el centro de los debates. En este contexto, parece que cualquier decisión que adopte la JEP podría abrir una controversia de largo aliento, pues sus primeros fallos marcarán, hasta cierto punto, un horizonte a seguir.

Es necesario tener en cuenta esos elementos para valorar con sobriedad, mesura y espíritu propositivo las decisiones que adopte la JEP. Eso fue lo que nos propusimos al reflexionar sobre la reciente decisión que tomó la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas en el caso de David Char Navas, reflexiones que dieron pie a las presentes *consideraciones*. Cabe aclarar previamente que no buscamos actuar en defensa de los intereses de quienes estén involucrados en las decisiones de la Sala, en este caso David Char Navas, sino tan solo aportar elementos jurídicos al debate, con base en las investigaciones y estudios que venimos adelantando desde hace varios años.

Dicho esto, debemos también precisar que estas *consideraciones* se limitan al análisis de la argumentación de la Sala con respecto a la competencia de la JEP sobre David Char Navas en su condición de tercero civil, sin pronunciarse en extenso sobre la decisión que concierne a su posición como agente de estado. Esto, por cuanto David Char Navas se presentó a la JEP tanto en su posición de tercero civil (financiador y colaborador en su condición de empresario) como en su posición de agente de estado (congresista) (p.7).

A nuestro juicio, la decisión adoptada por la sala de Definición de Situaciones Jurídicas respecto de la solicitud de David Char Navas de someterse voluntariamente a la competencia de la jurisdicción contiene algunos elementos discutibles, que nos llevan a sugerir que se reponga o revoque, ya que en caso contrario podría sentarse un precedente que podría afectar la competencia de la JEP sobre los terceros civiles que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado y que decidan presentarse voluntariamente a la JEP. Para sostener este planteamiento nos apoyamos en los siguientes argumentos:

- i) En relación con la competencia personal, los criterios derivados por la Sala a partir de contenidos del Acuerdo Final de Paz (AFP), del AL 01/2017 y de la Ley 1820/2016 conducen a una indebida limitación de la posibilidad de que los terceros financiadores y colaboradores puedan acogerse voluntariamente a la JEP, mediante contenidos del AFP que no tienen fuerza normativa vinculante. Exigir requisitos adicionales cuando se trata de terceros involucrados en conductas de financiación u otro tipo de colaboración con grupos armados tiene el efecto de restringir la competencia sobre terceros como quedó prevista en el artículo 16 del AL 01/2017. Aumentar los requisitos haría más difícil la adhesión de los terceros a la competencia de la JEP, una consecuencia que no es coherente con los contenidos del AFP que reconoce a la JEP una competencia amplia y preferente sobre las conductas cometidas en el contexto del conflicto armado;
- ii) Frente a los requisitos adicionados por la Sala, sostenemos que: **a) coacción:** no es apropiado rechazar de plano los casos en que probablemente ocurrió una coacción porque eso reduce la seguridad jurídica de los terceros que se presentan voluntariamente al impedirles acceder a mecanismos con los cuales se resuelva de forma definitiva su situación jurídica. El análisis de la ocurrencia de la coacción debería hacerse en un momento posterior a aquel en que se evalúa la competencia de la JEP, dado que normalmente implica un análisis complejo que incluso debe estar precedido por la determinación de la ocurrencia de una conducta punible;
- iii) Que **la participación haya sido activa o determinante (b):** respecto de terceros que acuden a la JEP voluntariamente, el análisis de la participación activa o determinante no aplica para definir la competencia de la Jurisdicción sino para decidir la competencia específica de las diversas salas una vez ha entrado el caso a la Jurisdicción. Por consiguiente, es impreciso aplicar esta categoría para decidir sobre la competencia general de la JEP sobre terceros;
- iv) Que las contribuciones realizadas no sean solo con el propósito de obtener un **beneficio personal (c):** este es un requisito de la competencia de la JEP sobre los agentes estatales (artículo transitorio 17 del AL 01/2017) pero no de su competencia sobre terceros civiles (artículo transitorio 16 del AL 01/2017). Esta limitación de la competencia de la JEP puede ser razonable al tratarse de agentes estatales que habrían traicionado la confianza depositada en ellos, pero no respecto de terceros de quienes puede decirse que normalmente actúan movidos por su interés y no están obligados a proceder de forma distinta.
- v) En cuanto a la competencia material y la manera como la Sala recopiló los criterios relevantes a partir de la jurisprudencia nacional e internacional para determinar cuándo una conducta habría sido cometida por causa, con ocasión o en relación con el conflicto, una de las principales objeciones es que entre esos requisitos no puede incluirse que el involucrado haya buscado solamente beneficiarse personalmente. Este no se deriva de la jurisprudencia citada por la Sala y tampoco puede tomarse como indicador para sugerir que la colaboración o financiación de un grupo armado se limita a ser un delito común, pues esto contravendría lo pactado en el AFP;
- vi) La JEP fue concebida como el componente judicial del Sistema Integral y, más ampliamente, como una instancia para el cierre judicial global del conflicto armado. Este enfoque se transparenta en el hecho de que se le reconoció competencia incluso para conductas que tuvieran solo una relación *indirecta* con el conflicto, pero también en que se le otorgó una *competencia prevalente* sobre todos los hechos, conductas y actores del conflicto armado (Art. 6, AL 01/2017). Conforme a esto, la competencia de la JEP debe ser interpretada ampliamente, e incluso es razonable entender que estaría amparada en una presunción según la cual toda duda sobre su competencia en un caso, conducta o persona, debería ser resuelta a su favor (*in dubio pro JEP*). Esta interpretación es coherente con el propósito de que la JEP sea en realidad una instancia de cierre judicial al conflicto armado;

- vii) Al aplicar los criterios, la Sala no realizó un análisis exhaustivo de los hechos y es discutible su conclusión de que las conductas analizadas no tenían una relación con el conflicto simplemente porque no había una prueba específica, concreta, de que el apoyo de David Char se materializó en una violación a los DDHH, al DIH o fue facilitado por el conflicto. Si bien los criterios abstractos identificados por la Sala resultan adecuados, su aplicación concreta pierde el foco y termina proponiendo implícitamente una definición del conflicto armado en la cual solo los actos típicos de las confrontaciones entre grupos armados tendrían la relevancia y vínculo suficiente para recaer en la competencia de la JEP;
- viii) Definir a partir de un esquema cronológico en qué momento se actúa como tercero (actor económico, e.g.) o como agente del estado pierde de vista que estas condiciones varían y pueden coincidir en el tiempo: una persona puede ser a la vez, o sucesivamente tercero y agente de estado. La consecuencia es que se tiende a fragmentar artificialmente las condiciones de los sujetos que actuaron valiéndose de sus múltiples roles, lo que incide en el tipo de conocimiento que podamos obtener acerca de la participación de esos actores en el conflicto;
- ix) Aunque es loable la intención de la Sala al sugerir a David Char que acuda a otros mecanismos del Sistema Integral para que allí dé cuenta de lo que sabe en relación con el conflicto, con ello se puede perder de vista que el componente judicial del Sistema Integral también es un escenario de realización del derecho a la verdad. La JEP también debe tratar de aportar a la satisfacción de los derechos a la justicia, a la reparación de las víctimas y a las garantías de no repetición. Esta labor se vería afectada por esta decisión que podría resultar en excluir a muchos de los terceros que así no solo no aportarían para la reparación material y simbólica de las víctimas, sino tampoco para que, a través del conocimiento que ayuden a construir sobre el conflicto armado, podamos como sociedad tener mayores herramientas para evitar la ocurrencia de las graves violaciones a los DDHH y al DIH ejecutadas durante la guerra. En sí misma, entonces, la participación de los terceros en la JEP se convertiría en una garantía de no repetición.

Estos argumentos serán desarrollados en cuatro secciones. La primera está consagrada a plantear los principales reparos que tenemos a la forma como la Sala definió la competencia personal sobre los terceros financiadores y colaboradores, así como las posibles consecuencias adversas que acarrearía ampliar los requisitos exigidos por el AL 01/2017. Por su lado, la sección segunda apunta a señalar las debilidades de la construcción en abstracto de los requisitos para definir la competencia material de la JEP respecto de los terceros que se presentan voluntariamente. En la sección tercera se analiza la manera como la Sala aplicó dichos requisitos en concreto al evaluar las conductas de David Char como tercero y como agente de estado. En la sección final se plantean algunas consideraciones acerca de la sugerencia que le hizo la Sala a David Char de que se someta a otros mecanismos del Sistema Integral para que en ellos aporte la verdad de la que quería dar cuenta dentro de la JEP.

1. Competencia personal sobre terceros financiadores y colaboradores

La Sala analizó por separado su competencia sobre David Char como tercero civil y como agente de estado, una diferenciación que se debe a que existe una normativa distinta que se aplica a cada caso. Según la Sala, los criterios que informan su competencia personal sobre David Char en su posición de tercero civil provienen del inciso 3 del punto 32 del AFP, disposición que para la Sala tiene fuerza vinculante y es parámetro de interpretación, así como del artículo transitorio 16 AL 01/2017 y del numeral 2 del artículo 30 de la ley 1820 de 2016 (pp.13 a 14¹).

El inciso 3 del punto 32 del AFP dice lo siguiente:

También serán de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, o con cualquier actor del conflicto, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación activa o determinante en la comisión de los crímenes competencia de esta jurisdicción, según lo establecido en el numeral 40, salvo que previamente hubieren sido condenadas por la justicia por esas mismas conductas.

El artículo transitorio 16 del AL 01.2017, por su parte, estipula que:

Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados, hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

Por último, según el numeral 2 del artículo 30 de la ley 1820 de 2016,

Criterios de valoración de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Podrán ser objeto de las resoluciones mencionadas en este capítulo las personas a quienes se les atribuyan los delitos que hayan sido cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, siempre que no constituyan: ...

2. Delitos comunes que no hayan sido cometidos en el contexto y en relación con el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.

Para la Sala, del conjunto de estas normas se pueden establecer los siguientes requisitos para que los terceros puedan acogerse a la JEP:

- a. Que no hayan formado parte de las organizaciones o grupos armados;
- b. Que hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto;
- c. Si se trata de conductas de financiación u otro tipo de colaboración, se requiere adicionalmente:
 1. Que no haya sido resultado de coacciones;
 2. Que estas personas hayan tenido una participación activa o determinante en crímenes competencia de la JEP;
 3. Que las contribuciones realizadas por terceros a los grupos armados ilegales no hayan tenido el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero (p.14).

Como argumentaremos, los criterios desarrollados por la Sala significan en la práctica una limitación indebida de la posibilidad de que los terceros financiadores y colaboradores puedan acogerse voluntariamente a la JEP.

Con respecto a las circunstancias en las cuales terceros civiles pueden acogerse a la JEP, el artículo transitorio 16 no hace ninguna diferencia entre la participación por financiación o colaboración y otras modalidades de la participación, sino que se limita a establecer dos criterios: *que los terceros no formaran parte de las organizaciones o grupos armados*, y que

¹ Cada vez que hacemos referencia al contenido de la decisión analizada de la Sala, nos limitamos citar entre paréntesis el número de las páginas respectivas.

hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto. Los requisitos adicionales para los casos específicos de financiación y colaboración provienen únicamente del inciso 3 del punto 32 del AFP.

Esto lleva a la pregunta por la naturaleza jurídica del AFP y de si contiene en sí mismo aspectos normativamente vinculantes. Esta es una situación compleja puesto que, en principio, los acuerdos de paz recogen un pacto político entre las partes involucradas, pero que, al implicar obligaciones para dichas partes, no se trataría entonces de simples declaraciones políticas abstractas sino que serían una fuente de obligaciones concretas. En todo caso, ‘el valor jurídico de este tipo de acuerdos es un asunto controversial y no existe claridad sobre su carácter normativo ni su ubicación en las fuentes de derecho internacional y nacional’².

Por esa razón resultaba determinante en el contexto transicional colombiano convertir las declaraciones políticas del Acuerdo Final en obligaciones jurídicas, lo que se consideró posible mediante su consagración en normas de diverso nivel (constitucional, legal, reglamentario, etc.), al mismo tiempo que se definía el alcance normativo general del Acuerdo. En efecto, el inciso 1 del AL 02/2017 estipula que:

(...) los contenidos del Acuerdo Final (...) que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final (...)

Así las cosas, se le reconoce cierto valor normativo a algunos de los contenidos del Acuerdo Final pero solo para analizar las normas que vayan a desarrollar o implementar dicho Acuerdo. Así también lo entendió la Corte Constitucional en el comunicado de prensa que anunció la exequibilidad del AL 02/2017 al sostener que ‘La expresión “validez” del inciso primero del artículo 1º hace referencia a la conexidad que deben guardar las normas y leyes de implementación con el Acuerdo Final, así como a su concordancia con las finalidades del mismo.’³

En adición, el AL 02/2017 dice que ‘Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final’ y de ‘guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final’ (inciso 2 del artículo transitorio 1). En su comunicado de prensa sobre el AL 02/2017, la Corte Constitucional destacó que el Acuerdo de Paz no forma parte del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que ello ‘exige su implementación normativa por los órganos competentes y de conformidad con los procedimientos previstos en la Constitución para el efecto’, que la obligación que impone es una obligación de medio y que el Estado goza ‘de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados’⁴ en cuanto a cómo cumplirla.

Por ende, el Acuerdo de Paz no tiene por sí solo fuerza vinculante sino que solo aquellos de sus contenidos que correspondan a normas de derecho internacional humanitario y de derechos fundamentales y conexos a estos son parámetros obligatorios para la interpretación de, por ejemplo, el marco normativo que rige las competencias de la JEP, al tiempo que sobre las autoridades estatales recae una obligación (de medio) que les impele a cumplir de buena fe con lo pactado. Podría, entonces, válidamente plantearse que

² Uprimny Yepes, Rodrigo y Güiza Gómez, Diana Isabel. Comentarios al proyecto de acto legislativo 01 de 2016 Senado “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wpcontent/uploads/2017/04/fi_name_recurso_904.pdf?x54537>

³ Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 51 del 11 de octubre de 2017. Sentencia C-630/2017. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2051%20comunicado%2011%20de%20octubre%20de%202017.pdf>>

⁴ *Ibíd.*

(...) en relación con las normas de implementación y desarrollo del acuerdo de paz, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo cumplen la función principal y obligatoria de parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez. Mientras que el inciso segundo indica que el acuerdo de paz constituye un marco de acción para las instituciones y autoridades del Estado, por lo que tienen el mandato de cumplirlo de buena fe. En consecuencia, respecto del resto de normas y actuaciones estatales que no desarrollen ni implementen directamente el acuerdo, los contenidos humanitarios y de derechos fundamentales del acuerdo son parámetro supletivo de interpretación, esto es, son fuente interpretativa en caso de duda.⁵

De lo anterior se concluye que el inciso 3 del punto 32 del AFP en sí mismo no tiene una fuerza normativa vinculante pues no es de aquellos contenidos del Acuerdo equiparables a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales y conexos a estos.

Desde una perspectiva más bien formal, es difícil justificar la interpretación de una norma vinculante (artículo transitorio 16 del AL 01/2017) únicamente a la luz del contenido de una disposición que no es de aquellas que, de acuerdo con el AL 02/2017 y la decisión de la Corte, son parámetro obligatorio para la interpretación, validez y desarrollo de las normas que implementen el AFP y que por tanto solo están llamadas a servir como parámetro supletivo de interpretación. Por consiguiente, el inciso 3 del punto 32 del AFP no podría tener el efecto normativo de ampliar los requisitos previstos en el artículo 16 del AL 02/2017 y en consecuencia restringir fundamentalmente la competencia de la JEP, e incluso en detrimento de las personas que, así, quedarían fuera de esta competencia. La gran mayoría, si no todos los terceros civiles, habrán participado en el conflicto no por la comisión de delitos con sus propias manos, sino por financiación u otro tipo de colaboración con los actores principales, los grupos armados.⁶ Por lo tanto, aplicar requisitos adicionales para que este grupo de terceros civiles se pueda acoger a la JEP resultaría en la práctica en una restricción del alcance de esta competencia como está prevista en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017.

Dado que la JEP solamente tiene competencia sobre estos actores si se someten voluntariamente a ella para beneficiarse de su trato especial, agregar varios elementos adicionales a aquellos que ya están previstos en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017 tiene el efecto de hacer esta adhesión más difícil y excluirla en muchos casos en los que entrarían según el Acto Legislativo, como demostraremos más adelante. Es difícil sostener que este enfoque restrictivo a la competencia de la JEP sobre terceros sea debido a una interpretación a la luz del contenido y espíritu de lo acordado en el AFP. El acuerdo, por el contrario, previó una competencia amplia de la JEP para incluir a todos los actores del conflicto. Como lo explicó la Corte Constitucional

(...) la *integralidad* a la que aspira el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [requiere] la posibilidad de evaluar todos los hechos del conflicto incluidos los que guardan una relación indirecta con el mismo- para así construir, en el ámbito de los procesos que se sigan ante la Jurisdicción Especial para la Paz, una verdad judicial que, en conjunto con la que se construirá en la Comisión Especial para el Esclarecimiento de la Verdad, contribuya a la comprensión de las causas profundas del conflicto armado interno, y, por esa vía, al diseño de garantías de no repetición para las víctimas y la sociedad en su conjunto.⁶

También es importante destacar que el inciso 3 del punto 32 del AFP tiene que entenderse en el contexto correspondiente: en el momento de su redacción, la JEP tenía competencia obligatoria sobre terceros civiles y, por ende, las restricciones de la competencia de la JEP que podrían inferirse del inciso 3 del punto 32 del AFP deben ser interpretadas como dirigidas a limitar la competencia de la JEP de obligar a estos actores a comparecer.

En consecuencia, sostenemos que la competencia de la JEP sobre terceros civiles solamente debería depender de los requisitos establecidos en el artículo transitorio del AL 01/2017, sin los elementos adicionales que agregó la Sala en base al inciso 3 del punto 32 del AFP. Sin embargo, a continuación presentaremos algunas reflexiones alrededor de cada uno de los

⁵ Uprimny Yepes, Rodrigo y Güiza Gómez, Diana Isabel. Comentarios. *Op.*

Cit. ⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, párr. 541. Véase también los párr. 556 y 558.

elementos adicionales y sus posibles efectos para la competencia personal de la JEP sobre terceros civiles financiadores y colaboradores.

a. Coacción

Excluir de la competencia de la JEP los casos de los terceros civiles que actuaron por coacción podría justificarse en la medida en que la coacción es una excluyente de la responsabilidad penal y se podría pensar que no existen razones para que la JEP se pronuncie en estos casos. Sin embargo, más allá de la ausencia de una norma que excluya estos casos de la competencia de la JEP, lo que ya explicamos, un rechazo de plano de los casos en los que hubiere obrado una presunta coacción parece erróneo por varias razones. Primero, porque así se limitaría la posibilidad de que terceros civiles puedan obtener seguridad jurídica en la forma de una renuncia a la persecución penal, una cesación del procedimiento, o ‘cualquier otro mecanismo jurídico según el caso’ con el que la Sala puede resolver la situación jurídica de la persona en el caso específico, previsto en el artículo 84, literal f del proyecto de ley estatutaria. Negarles a los terceros coaccionados que quieren acogerse a la JEP la definición de su situación jurídica puede tener el efecto adverso de que pueden ser procesados por esos mismos hechos en la jurisdicción ordinaria, pues esta no tendría la obligación de aceptar el análisis de la coacción realizada por la JEP y podría llegar a la conclusión de que en un caso concreto en el cual la JEP se declaró incompetente por existencia de coacción el tercero actuó voluntariamente y en consecuencia condenarlo.

Parece que la mención explícita de la coacción como elemento de la competencia de la JEP en el inciso 3 del punto 32 del AFP se explica por el deseo de aclarar que en casos de coacción la JEP no tendría competencia forzada sobre aquellos terceros, un punto que parece estar obsoleto desde que fue comunicado el sentido de la sentencia C-674/2017 de la Corte Constitucional⁷. Aplicar esta lógica para justificar excluir a los financiadores o colaboradores de la competencia de la JEP si quieren someterse voluntariamente va en contra del espíritu del AFP, dado que la investigación de las complejidades de las formas de participación en el conflicto justamente incluye los muchos casos en los que terceros se vieron coaccionados a financiar o colaborar con los grupos armados.

Asimismo, aplicar esa lógica iría en contra de la citada decisión de la Corte Constitucional pues aunque la sentencia completa aún no sea de conocimiento público, el sentido de esta fue claramente expuesto en el comunicado. Si bien la sentencia C-674/2017 limita la competencia de la JEP en materia de terceros, no pretende, de ninguna manera, excluir de tajo de su competencia a un tipo de terceros en particular, ya sean estos los financiadores o colaboradores o cualquier otro tercero implicado en el conflicto armado colombiano. La Corte limita la competencia a la voluntariedad de la presentación de estos a la JEP y no a las modalidades de la colaboración.

Tampoco se puede justificar rechazar de plano casos de presunta coacción solamente en el contexto de financiación y otros tipos de colaboración, dado que la excluyente de coacción se aplica a todas las modalidades de participación en crímenes y es difícil entender por qué en casos en los que un combatiente hubiera sido coaccionado a cometer un crimen en el contexto del conflicto, esta coacción no excluiría la competencia de la JEP, mientras que esto sería la consecuencia de la existencia de la coacción en casos de terceros financiadores y colaboradores.

Para finalizar, rechazar de plano estos casos de la competencia de la JEP tampoco es factible dado que, frecuentemente, determinar si hubo o no coacción requiere un análisis jurídico complejo del caso individual por lo cual parece mejor llevar a cabo este análisis no como parte del estudio de la competencia, sino en el contexto del análisis jurídico de la responsabilidad del tercero. Esto también porque la coacción solamente tiene relevancia en casos en los que se demostró primero que el tercero ha cometido un delito pero que su responsabilidad está excluida por la ausencia de un acto voluntario. Además, si se entendiera que la coacción es un elemento para definir la competencia de la JEP, se podría llegar al

⁷ Corte Constitucional, comunicado de prensa No. 55 del 11 de noviembre de 2017. Sentencia C-674/2017. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2055%20comunicado%2014%20de%20noviembre%20de%202017.pdf>

absurdo de que al final de un proceso, cuando se demostrara que la persona participó en un delito pero actuó coaccionada, y por lo tanto se excluye su responsabilidad penal, se tendría que plantear que todo el proceso judicial estaría viciado de nulidad pues la JEP no era competente para conocerlo. Entonces, examinar la coacción como elemento de la competencia, sin análisis de si el tercero haya cometido un delito por coacción, aumentaría e incluso tornaría inútil el trabajo de la JEP sin que exista una buena razón para esto.

b. Participación activa o determinante

Otro problema importante del análisis de la Sala es el de limitar la competencia de la JEP sobre terceros financiadores y colaboradores a casos de participación activa o determinante. El inciso 2 del artículo transitorio 16 del AL 01/2017 (declarado inexecutable por la Corte Constitucional) aplicó este concepto para delimitar los casos en los que la JEP tenía competencia forzosa, mientras que la posibilidad de acogerse voluntariamente a la JEP se determina en el ya mencionado inciso 1 de ese mismo artículo (declarado executable por la Corte Constitucional), sin referencia alguna al concepto de la participación activa o determinante. Una vez más, la Sala parece aplicar un elemento para definir su competencia sobre terceros que proviene del contexto de la ahora eliminada competencia de la JEP de obligar a los terceros a comparecer, a casos en los que ellos se acogen voluntariamente a la JEP.

Entonces, en casos en los que terceros financiadores o colaboradores se someten voluntariamente a la JEP, si hubo o no participación activa o determinante no es un elemento de la competencia de la JEP, sino un concepto según el cual se decide la competencia de las distintas Salas dentro de la JEP, y el tipo de resolución o decisión que se debería tomar al respecto. Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016 que no dice nada sobre la competencia de la JEP de conocer el caso, sino estipula que los casos de participación determinante en los crímenes más graves quedan excluidos de la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas con respecto a las resoluciones mencionadas en el capítulo relevante de esa ley. De esto se pueden derivar varias conclusiones. Primero, que la Sala sí tiene competencia para tomar esas resoluciones en casos de participación no determinante en los crímenes enlistados en esa norma. Segundo, que tiene esa competencia en casos de participación determinante en crímenes menos graves. En casos de participación determinante en los más graves crímenes, la norma parece aclarar que estos quedan fuera de la competencia de la Sala por ser demasiado graves para merecer una renuncia a la persecución penal, pero esto no significa que queden fuera de la competencia de la JEP como tal.

Ahora bien, parece que la Sala excluyó, no solo su propia competencia, sino la de la JEP como tal, en los casos específicos de financiación o colaboración, basándose en el inciso 3 del punto 32 del AFP. Pero dado que esa disposición no tiene fuerza vinculante, es difícil sostener, como ya lo explicamos, que se pueda excluir un grupo amplio de la competencia de la JEP únicamente con base en ese punto del AFP y negarles la posibilidad de obtener seguridad jurídica a condición de aportar verdad, reparación y garantías de no-repetición.

c. Contribuciones realizadas con el solo propósito de obtener un beneficio personal, propio o de un tercero

Otra preocupación causada por la decisión de la Sala es que aplica el criterio del beneficio personal como excluyente de la competencia de la JEP. Esta limitación no se menciona ni en el inciso 3 del punto 32 del AFP, ni en el artículo transitorio 16 del AL 01/2017, por lo cual su única base se encuentra en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 1820 de 2016. Ahora bien, este artículo no define la competencia de la JEP de conocer casos de terceros, sino solamente limita la competencia de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de resolver estos casos con una de las resoluciones mencionadas en el capítulo III, del título III de esa ley⁸.

⁸ Renuncia a la persecución penal, una cesación del procedimiento, ‘otro tipo de terminación anticipada del proceso’ o ‘cualquier otro mecanismo jurídico según el caso’. Ver, artículo 28.5 y 28.8, Ley 1820/2016.

Mientras que el AL 01/2017 no prevé una limitación de la competencia de la JEP para terceros civiles basada en la motivación detrás de su participación en crímenes relacionados con el conflicto, esto es distinto para agentes de estado y miembros de la Fuerza Pública. Con respecto a esos actores, según el artículo transitorio 17 del AL 01/2017, en caso de agentes de estado, y el artículo transitorio 23 para miembros de la Fuerza Pública, la JEP solamente tiene competencia sobre conductas que hayan sido realizadas ‘sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva’.

Si bien pueden existir buenas razones para excluir agentes del Estado y miembros de la Fuerza Pública de los beneficios de la JEP en casos de delitos cometidos primeramente por razones de enriquecimiento personal, aplicar esta lógica a los terceros es inaceptable. Primero, extender la aplicación de una norma por analogía a situaciones no comprendidas en ella se justifica por la aplicación del principio de igualdad⁹. Pero de ninguna manera se podría decir que la situación de los agentes estatales es comparable a la de los terceros civiles. El agente estatal que comete un delito actúa en extralimitación de sus funciones y traiciona la confianza pública que fue depositada en él o ella, por eso es necesario eliminar la posibilidad de recibir beneficios penales por delitos cometidos con el simple propósito de enriquecerse personalmente. Esto no ocurre en el caso de la actuación de terceros.

En efecto, extender la aplicación de esta norma dispuesta para agentes estatales a los terceros le quitaría el efecto útil a la inclusión de los terceros en la JEP. Especialmente en el caso de actores económicos, la motivación de su participación directa o indirecta en el conflicto habrá sido regularmente la de obtener beneficios materiales bien sea para sí o para un tercero. Es difícil pensar, por ejemplo, un hecho de financiación de grupos paramilitares por parte de empresas o empresarios que no hubiese sido motivado por el deseo de obtener beneficios económicos, o avanzar intereses personales, incluso cuando la afinidad ideológica con los paramilitares pudiera haber sido una razón complementaria para prestarles apoyo financiero. Esta forma de interpretar el apoyo de terceros a las estructuras armadas ha sido acogida también en el contexto de Justicia y Paz. Así, por ejemplo, en una reciente decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín se adujo que

(...) no sólo hicieron parte de esa dinámica criminal quienes accionaron armadamente, sino también aquellos que aportaron a las diversas formas de violencia movidos por sus intereses personales e incluso, traicionando a la institucionalidad de la que hacían parte, apoyando la causa ilícita que hoy se devela en esta providencia. De allí que en el desarrollo judicial que se ha desplegado el proceso de Justicia y Paz conteste a la realidad del conflicto armado, se ha catalogado la colaboración y financiación a los grupos paramilitares como un crimen de lesa humanidad. (Subrayado añadido)¹⁰

Todo esto sugiere que no habría base legal para imponer los tres requisitos adicionales que limitan la competencia de la JEP sobre terceros civiles en casos de financiación u otro tipo de colaboración. Esta limitación no solo no surge del AFP, sino que iría en contra de su espíritu de inclusividad.

2. La interpretación del criterio “por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado interno”

En su exposición sobre los criterios de la competencia material de la JEP sobre las conductas de David Char, la Sala no distingue entre las conductas cometidas por David Char en su posición de tercero y aquellas cometidas en su posición de agente de estado, sino, basándose en los artículos transitorios 22 y 23 del AL 01/2017, define los elementos de la competencia material de la JEP en ambos casos de la siguiente manera:

- a. La conducta punible se dio por causa, con ocasión o en relación con el conflicto armado interno;

⁹ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 110016000253200782701. M.P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez. Sentencia del 17 de mayo de 2018, p. 8701.

- b. La relación de causalidad, ocasión o relación con el conflicto armado debe ser sustentada a la luz del ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente para el Estado Colombiano;
- c. La conducta no se dió exclusivamente con el fin de enriquecer al autor, participe o determinador de la conducta;

Como ya nos pronunciamos sobre la aplicabilidad del criterio de beneficio personal a la competencia de terceros, nos limitaremos en esta parte a la discusión del criterio de si el tercero hubiera contribuido ‘de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto’ como el artículo transitorio 16 del AL 01/2017 lo requiere para que la JEP tenga competencia sobre terceros, sin diferenciar de si esta se entiende como competencia personal o material.

La Sala parece suponer que este concepto es similar al criterio de la competencia material sobre ‘los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado’ que el artículo transitorio 23 del AL 01/2017 confiere a la JEP para actos cometidos por miembros de la Fuerza Pública. Es este concepto, no el del artículo transitorio 16, cuyo contenido la Sala analiza en su decisión. Esto no parece problemático, dado que la Corte Constitucional ha aclarado que ‘la expresión “*con ocasión del conflicto armado*” puede ser empleada como sinónimo de “*en el contexto del conflicto armado*,” “*en el marco del conflicto armado*”, o “*por razón del conflicto armado*”.’¹¹ Además, la Corte Constitucional considera que el artículo transitorio 23 del AL 01/2017 ‘prevé un conjunto de criterios que disminuyen su indeterminación, ya que operan como elementos que orientan la función de apreciación de los hechos por parte de los órganos de la JEP’¹² en relación al criterio de la relación indirecta con el conflicto.

Para entender cómo definir si un delito fue cometido ‘por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado’, la Sala presenta un resumen bastante exhaustivo de la jurisprudencia internacional y nacional relevante. Al final de este estudio, la Sala concluye que para un análisis riguroso del vínculo de un delito o una conducta con el conflicto a la luz del AL 01/2017 deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- (i) si el conflicto armado le dio al perpetrador la habilidad de cometer el crimen;
- (ii) si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometerlo;
- (iii) si el conflicto determinó o permitió la comisión del crimen;
- (iv) si el conflicto estableció el objetivo que se proponía el perpetrador;
- (v) si el perpetrador actuó con el fin único de beneficiarse personalmente (pp.25-26).

Estos criterios provienen del artículo transitorio 23 del AL 01/2017 que, como ya lo explicamos, define la competencia de la JEP sobre los miembros de la Fuerza Pública y no sobre los terceros; dichos criterios reflejan en su gran mayoría elementos muy parecidos a los que se derivan del análisis de la jurisprudencia internacional y nacional. El único criterio que no se encuentra en ninguna de las fuentes jurisprudenciales presentadas por la Sala es el del ‘fin único’ de beneficiarse personalmente. Entonces, ese criterio, que para la Sala ya fue determinante para definir la competencia personal de la JEP – sin base legal, como lo explicamos anteriormente – también está considerado como requisito de la competencia material de la JEP sobre terceros, porque en estos casos, para la Sala, no existe un vínculo con el conflicto. Más bien, aduce que se trataría de actos de delincuencia común. No obstante, esa conclusión no parece tener una base en la jurisprudencia internacional o nacional.

Dado que, para la Sala, el delito relevante en el contexto de las conductas de David Char era el concierto para delinquir agravado, también analizó la relación entre ese delito y el conflicto.

La Sala citó la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la colaboración con los paramilitares no puede ser categorizada como delito político, ya que, en contraste con los delitos políticos que se cometen por fines altruistas, los paramilitares usaron la violencia ‘para

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-781/2012, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, parra.540.

conseguir sus propósitos individuales' por lo cual sus crímenes califican como delitos comunes. De esto dedujo que

(...) la relación del delito del concierto para delinquir con el conflicto armado dependerá de las finalidades y de los propósitos de tal asociación ilícita, además de si las conductas que realizó el agente hicieron parte de la actividad criminal del grupo paramilitar, las fomentó o financió, lo que impone un estudio de las circunstancias de cada caso en concreto. ... [S]i el objetivo de quienes se asociaron era el de obtener beneficios personales, el concierto para delinquir no tendrá relación alguna con el conflicto armado (p.31).

Es difícil entender esta última frase. La Corte Suprema decidió que los crímenes cometidos por los paramilitares siempre fueron motivados por la búsqueda de beneficios personales. Parecería entonces que un concierto para delinquir con los paramilitares u otro tipo de participación en sus crímenes por un tercero nunca podría calificarse como algo distinto a un delito común, no obstante las finalidades de la asociación. Esto porque los objetivos por los que un tercero formó un acuerdo sobre la comisión de delitos comunes, como fueron clasificados los crímenes cometidos por los paramilitares, difícilmente puede tener el efecto de transformar ese concierto en un crimen relacionado con el conflicto armado. Entonces, si la JEP aplica la lógica de la jurisprudencia citada, debería excluir a priori todos los casos de terceros que colaboraron con, o financiaron a, los paramilitares por tratarse de participación en crímenes comunes. Esto contravendría lo pactado en el AFP que explícitamente confiere a la JEP la competencia de conocer crímenes de financiación o colaboración con grupos paramilitares (inciso 3 del punto 32 del AFP). Además, como ya lo explicamos, que el tercero haya actuado con el propósito de beneficiarse no excluye el vínculo de la participación con el conflicto.

Igualmente, dicha exclusión contravendría no solo las disposiciones del AFP relativas a los terceros sino el espíritu del acuerdo, que propone, para darle fin al conflicto armado, abarcarlo según un enfoque holístico e integral. Esto, a través de un sistema compuesto, entre otros organismos, por una jurisdicción de cierre del conflicto que debe conocer todo lo sucedido durante este, para lo que se consideró necesario que tuviera competencia sobre todos sus actores, sin excepción. Es por esta razón que a la JEP se le reconoció una competencia prevalente sobre las 'actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado' (Art. 6, AL 01/2017), lo cual sugiere que la jurisdicción debe esforzarse por interpretar ampliamente su competencia. Este razonamiento nos lleva a sostener que en el marco actual de regulación constitucional del Sistema Integral, la JEP, en tanto instancia de cierre judicial del conflicto armado colombiano, estaría incluso cobijada con una presunción según la cual en casos de duda frente a su competencia, esta debería ser resuelta a su favor (*in dubio pro JEP*). Por consiguiente, excluir a los terceros no solo iría en contra de la esencia misma del AFP, del Sistema Integral y de los objetivos de la JEP, sino que vaciaría el acuerdo de sustancia en cuanto a su visión holística del conflicto.

De todo esto se sigue que, conforme a la jurisprudencia internacional y nacional que sirve para determinar si la participación de un tercero tuvo una relación directa o indirecta con el conflicto, esta relación debería orientarse con los siguientes criterios desarrollados por la Sala con base en el artículo transitorio 23 del AL 01/2017:

- (i) si el conflicto armado le dio al perpetrador la habilidad de cometer el crimen;
- (ii) si el conflicto armado influyó sustancialmente en la decisión de cometerlo;
- (iii) si el conflicto determinó o permitió la comisión del crimen;
- (iv) si el conflicto estableció el objetivo que se proponía el perpetrador.

3. Aplicación de los criterios de competencia al caso concreto

Resulta un poco confuso que la Sala utilice conceptos que, como el de participación determinante, considera relevantes para determinar su competencia *personal*, para definir si tiene competencia *material* en el caso concreto. También nos parece oportuno presentar algunas críticas y precisiones a la aplicación de los criterios jurídicos desarrollados por la Sala al caso concreto. Ambos temas los desarrollaremos en la presente sección.

a. Análisis de las conductas de David Char que según la Sala fueron cometidas en su posición de tercero

Dado que, para la Sala, David Char Navas actuó como tercero hasta el momento en que asumió como congresista, solamente caben dentro de aquella categoría las conductas de haber prestado o aportado vehículos automotores a las AUC y haber recibido para su campaña electoral del frente José Pablo Díaz unos 95.000.000 de pesos. La Corte Suprema había calificado estos actos como parte de un concierto para delinquir agravado entre miembros del bloque paramilitar y David Char, el cual habría tenido lugar entre 2000 y 2006 y ‘que tenía como objeto que los primeros lo apoyaran en sus pretensiones electorales, a cambio de que el beneficiado respaldara los intereses que tenía esa organización en el Congreso Nacional de la República’ (pp.32-33). Esto basado en pruebas de reuniones anteriores a su elección, de las que la Corte Suprema dedujo que los vehículos y el recibo de los 95.000.000 de pesos fueron aportados como parte de la asociación ilícita.

Es debatible que la Sala, en lugar de llevar a cabo un análisis exhaustivo de los hechos a la luz de los elementos jurídicos relevantes, en gran parte parezca limitarse a concluir que no hay pruebas que hagan pensar que David Char cumple con los requisitos para caer dentro de la competencia de la JEP y que su participación en los crímenes de los paramilitares haya tenido un vínculo con el conflicto armado. Más bien, se debería haber analizado en detalle cómo y por qué razones David Char se vinculó con los paramilitares, qué rol jugó en esto la existencia del conflicto y qué efecto tuvo su colaboración en la comisión de los crímenes y violaciones a los DDHH y el DIH por parte del grupo paramilitar.

Por ejemplo, concluye la Sala que a pesar de la gravedad de estas conductas no hay evidencias de que aquellas constituyan participación activa o determinante en los crímenes contra los DDHH y el DIH cometidos por el bloque, por lo cual no se puede establecer una relación directa o indirecta con el conflicto (p. 33). Primero, no está claro por qué la Sala piensa que es necesario para establecer un vínculo con el conflicto que haya existido participación determinante en los crímenes cometidos por los paramilitares, dado que se trata de dos conceptos distintos con funciones distintas. El rol principal del concepto de participación determinante parece ser el de distinguir los casos que merecerían una sanción penal (si son seleccionados o priorizados), de los casos en los que, por tratarse de participación de menor importancia, una renuncia a la sanción penal u otro tipo de resolución por parte de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas sería la consecuencia más adecuada. Segundo, no queda claro por qué razones la Sala llegó a la conclusión de que no había participación determinante, ya que no explica los elementos de aquella y tampoco los analiza.

Para la Sala, las conductas no fueron realizadas por razón o en ocasión del conflicto porque ‘no hay prueba alguna que permita afirmar que las hostilidades entre los grupos armados y de estos con el Estado le hayan dado [a David Char] la habilidad de asociarse con las autodefensas, recibir dinero de ellos y aportarles vehículos’ (p.33). Además, la Sala no ve pruebas de que el conflicto hubiera influenciado sustancialmente la decisión de David Char de cometer las conductas o de que su propósito había sido el de fortalecer un actor armado para que ganara la guerra. Lo que más bien hizo David Char, según la Sala, fue utilizar la estructura criminal del bloque en su beneficio personal, para ser elegido al Congreso (p.33). Otra vez no quedan claras las razones que llevaron a la Sala a estas conclusiones y no se presentó ninguna discusión de por qué el conflicto no influenció el actuar de David Char, y mucho menos sobre la probabilidad de que los mismos actos hubieran tenido lugar fuera del conflicto.

Según la Sala, David Char no actuó con el propósito de fomentar el ala política del grupo armado, de financiar las hostilidades de los grupos armados, o afectar los derechos de las víctimas o los bienes del DIH. Aunque recibió los 95.000.000 millones de pesos como apoyo a su campaña electoral, ‘no potenció el actuar del grupo de autodefensas para la realización de sus actividades ilícitas relacionadas con el conflicto armado’ (p.34).

Basándose en las conclusiones de la Corte Suprema, la Sala sugiere que el objetivo de la asociación ilícita habría sido el de cometer delitos contra la participación democrática y contra la administración pública, no violaciones a los DDHH o infracciones del DIH. ‘Tales conductas (...) afectaron la seguridad pública pero no fueron determinantes en la capacidad

de los paramilitares como actores en el conflicto, porque no consolidaron su hegemonía y control en el departamento Atlántico (...), ni contribuyeron a que consiguieran ventaja militar frente a las fuerzas insurgentes' (p.34). De todo esto la Sala concluye que se trata de conductas relevantes para la jurisdicción ordinaria, y no para la JEP, dado que no tienen vínculo con el conflicto o con los delitos competencia de la JEP, y fueron cometidas con el único propósito de conseguir un beneficio personal.

Estas consideraciones sugieren que la Sala tiende a adoptar una visión muy restrictiva de lo que constituye una relación directa o indirecta con el conflicto. Esto se debe, en parte, a su esfuerzo por probar que el aporte de David Char al grupo paramilitar, apuntaba a beneficiar al grupo armado en cuanto tal: su ala política, las hostilidades militares, eliminar a sus contrincantes, afectar derechos de población civil o los bienes protegidos por el DIH, etc.

Lo que buscó probar la Sala, sin que en realidad quede claro cómo procedió en su análisis o demuestre por qué las pruebas no fueron suficientes, fue que David Char hizo un aporte que pretendía el fortalecimiento de la posición político militar de las autodefensas. Seguir esta lógica argumentativa podría conducir a anular la posibilidad de cualquier vinculación de un tercero al conflicto armado cuando no se demuestre un nexo causal entre su aporte (económico y/o logístico, e.g.) y un fortalecimiento directo del grupo armado, algo que no siempre puede hacerse. La búsqueda de un nexo causal entre la voluntad del tercero y un hecho no es una vía adecuada para encontrar la relación objetiva-material de la conducta con el conflicto armado. En otras palabras, que no exista esa relación subjetiva clara entre el propósito de David Char de, por ejemplo, que su aporte sirviera para que el grupo paramilitar anulara a su contrincante en un territorio dado, no significa que ese aporte no tenga una incidencia material en el conflicto. Al mismo tiempo, si un aporte no tiene el efecto material de avanzar la posición de un grupo armado en el conflicto, pero fue hecho con el propósito de que fuera así, es difícil negar que el conflicto haya influido substancialmente en la decisión de hacer el aporte.

Tampoco resulta del todo comprensible que la Sala entienda que no existía relación con el conflicto armado en la asociación de David Char con los paramilitares porque parecía estar más dirigida a cometer delitos contra la administración pública y no a realizar infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En este razonamiento está implícita una consideración del conflicto armado que falla al no tener en cuenta que el proyecto paramilitar, por definición solo posible en el contexto de conflicto, tendió cada vez más a una captura del Estado y de sus rentas, para lo cual se valió de múltiples estrategias, entre las cuales estaba la de apoyar a políticos que luego pudieran defender sus intereses en las esferas nacionales. Es indudable que en esa estrategia se cometieron delitos que no parecen tener a primera vista una relación directa con el conflicto, pero que puestos en el contexto del dominio de los grupos armados en algunas regiones del país, fueron fundamentales para la consolidación del poder paramilitar en algunas regiones y no pueden desvincularse de un proceso de captura del Estado para asegurar, por ejemplo, impunidad a sus acciones.

Que no esté probado que el aporte se tradujo concretamente, por ejemplo, en una infracción al Derecho Internacional Humanitario, no puede significar automáticamente que la conducta sea ajena al conflicto armado. Proceder así desconoce el carácter mismo de un actor armado que usa la fuerza y la amenaza del uso de la fuerza para lograr sus objetivos, y eso solo se consigue en un contexto de violencia donde se ha mostrado que algunos grupos buscaban cooptar el Estado y apropiarse de sus rentas. Sin duda no todo lo que hicieron los actores armados hace parte del conflicto, pero, a la inversa, no todo crimen que no parezca típicamente del conflicto puede ser entendido como ajeno a él. Sostuvo la Sala que no había pruebas para afirmar que “las hostilidades” entre los grupos armados o entre estos y el Estado le hubieran dado a David Char la habilidad de cometer los crímenes que le habían sido imputados en la jurisdicción ordinaria. Esta aseveración ilustra la forma restringida como la Sala tiende a observar el conflicto armado. Primero, porque lo entiende solo como “hostilidades”, como confrontaciones militares, omitiendo con ello que el conflicto armado tiene otras formas de manifestarse, entre las cuales, por ejemplo, destaca la violencia que se dirige contra civiles, los actos de terrorismo encaminados a generar incertidumbre y zozobra o la colaboración de un civil motivada para el anhelo de salvaguardar su vida.

Segundo, porque afirmar que no hace parte del conflicto la colaboración a un actor armado que ya es hegemónico en una región y que por lo tanto no necesita estar en confrontación con

otros bandos o ejercer una violencia indiscriminada, omite que el control territorial, político y militar de un bando puede variar en el tiempo y el espacio. Si los paramilitares tenían un control casi hegemónico en algunas regiones del norte del país, lo que les permitía dedicarse a actividades más cercanas a la ‘delincuencia común’, no significa que siempre haya sido así ni que en otros lugares estuvieran en una posición menos dominante y en disputa más abierta con las guerrillas. Por esa razón, sería razonable afirmar que ofrecer apoyo logístico a un grupo armado que se dedica más a actividades criminales “comunes”, es incluso más grave y tendría más relación con el conflicto porque se estaría apoyando la posición hegemónica o dominante de ese grupo, en ese momento y en esa región particular.

Ahora bien, el apoyo al grupo armado dominante en una región, que en el caso de David Char se materializó en el aporte de unos vehículos para un bloque paramilitar, es más probable cuando no hay una disputa territorial abierta. Los apoyos más directos de la población civil a un grupo armado ocurren en esos espacios de mayor control y dominio, y no en las zonas de disputa donde cualquiera de los bandos puede resultar ganador y por lo tanto una adscripción a uno u otro resulta más peligrosa. Es por esta razón que el apoyo de David Char sí fue posible gracias al conflicto y por lo tanto tiene una relación directa con él. Que David Char se haya valido de la estructura paramilitar en beneficio personal no le resta validez al argumento, porque aprovecharse de un actor armado dominante en un territorio no parece un juego del que se pueda escapar fácilmente, ya que se tejen lealtades fuertes mediadas por intereses mutuos.

Este planteamiento lleva también a suponer, entonces, que las posiciones y niveles de control territorial de los actores armados sí determinan el apoyo e influyen el actuar de un civil y, por lo tanto, estos pueden verse como parte del conflicto armado. Ahora bien, no solamente determina el momento y lugar en que se puede dar, sino también el actor al que se puede ayudar y el tipo de colaboración posible de ofrecer y exigir. En el caso analizado, David Char podía demandar de los paramilitares su apoyo para las elecciones al Congreso porque estos tenían el control territorial, político y militar que le asegurarían, a través del ejercicio ilegítimo de la fuerza, el número de votos necesarios para lograr su propósito. En otras palabras, David Char les pedía a los paramilitares exactamente lo que estos le podían ofrecer, y era así porque tenían una posición dominante como actor armado en la región Caribe colombiana para el momento en que recibieron la colaboración del entonces empresario y candidato al Congreso.

Así las cosas, con su decisión, la Sala parece tender a limitar el entendimiento del conflicto a actividades típicamente militares y relacionado con las confrontaciones armadas. Esto parece tener el efecto de reducir el concepto de relación directa o indirecta con el conflicto a uno que en realidad requiere una relación directa con el conflicto, eliminando así toda la categoría de la relación indirecta. Esto va en contra del artículo transitorio 16 del AL 01/2017 y además desconoce el enfoque mucho más amplio adoptado por la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en *Fiscal vs. Strugar*, el TPIY, basándose en otras fuentes internacionales, da los siguientes ejemplos de una participación indirecta en un conflicto armado: la venta de productos a una de las partes de un conflicto, la expresión de simpatía hacia una parte del conflicto, el transporte de armas o munición, y el suministro de víveres o medios de subsistencia.¹³

La decisión de la Sala también parece contravenir algunos criterios definidos a escala nacional. En efecto, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Medellín, al decidir sobre el caso priorizado del Bloque Elmer Cárdenas de las AUC, sostuvo que en el proceso se conoció el actuar criminal de la organización a través de actores directos, pero que también se supo de la participación de otros actores a través, por ejemplo, de contribuciones económicas y políticas, así como de ayuda más general dirigida al fortalecimiento de la estructura paramilitar. De acuerdo con este enfoque, el apoyo o contribución de los terceros a un actor armado haría parte del conflicto y no se limitaría solo a los aportes que pudieran traducirse mecánicamente en una violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario. Según la Sala, el Bloque Elmer Cárdenas

¹³ Sala de Apelaciones, *Fiscal vs. Strugar*, 17 de julio 2008, parr.177.

(...) contó con el apoyo tras bambalinas de colaboradores y/o auspiciadores que a través de acciones u omisiones, constituyeron un insumo de vital importancia para la causa paramilitar (...) [esto es] Personas e instituciones que desde las orbitas públicas y privadas, a través de contribuciones externas de índole económico, político e incluso militar, sufragaron efectivamente a combatientes de esa facción de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, en la planeación, logística y ejecución de diferentes incursiones armadas y en términos generales, en el fortalecimiento de la procurada finalidad expansionista y hegemonía de la estructura paramilitar en la toda extensión Nacional, potísimamente en las zonas geoestratégicamente privilegiadas y aquellas de tradicional asentamiento guerrillero.¹⁴

Establecida una participación directa o indirecta en el conflicto de un actor que no formaba parte de los grupos armados, se activa la competencia de la JEP. Si los actos de participación resultan en responsabilidad penal, y si es así, si se trata además de una participación determinante son cuestiones que debe analizar la JEP según los principios del derecho penal colombiano, interpretados conforme a los estándares internacionales al respecto.

b. Análisis de las conductas de Char que según la Sala fueron cometidas en su posición de agente de estado

Es poco convincente cómo la Sala distingue entre los actos que David Char cometió en su calidad de tercero y aquellos que cometió como agente de estado. En lugar de orientarse para este análisis en las circunstancias de cada acto y evaluar si la conducta fue realizada, motivada y/o facilitada por sus intereses como tercero o como agente de estado, la Sala encontró más razonable enfocarse exclusivamente en un aspecto temporal, calificando a David Char como tercero hasta su elección como congresista y como agente de estado a partir de ese momento. En consecuencia, incluye en el análisis de su competencia material sobre David Char como tercero solamente las conductas de este antes de haber asumido su rol de congresista. Al mismo tiempo, evalúa el aporte financiero y el suministro de munición a los paramilitares por medio de su empresa como conductas cometidas por Char en cuanto agente de estado, ya que esto se hizo después de su elección al Congreso. Este enfoque es poco convincente, dado que haber sido congresista no excluye que Char al mismo tiempo también pueda haber realizado conductas en su condición de tercero empresario (actor económico).

La adscripción de su conducta a una u otra condición debería más bien depender de todas las circunstancias del caso concreto, es decir, de si su acto fue relacionado con su posición de agente de estado o de empresario. Un análisis de este tipo no fue llevado a cabo por la Sala. Su necesidad es evidente: el caso de David Char ejemplifica claramente la fluidez de las relaciones que sostuvieron algunos actores sociales con los actores del conflicto. No es fácil, ni conveniente, trazar fronteras inamovibles entre calidades de sujetos ya que en una sola persona pueden confluir el político, el empresario, y, en algunos casos, hasta el actor armado. Solo la observación atenta de las características de las relaciones puede arrojar luces sobre la calidad del actor en un momento determinado. Por esta razón, no resulta del todo adecuado utilizar un esquema cronológico para determinar rígidamente desde qué momento se actúa como político profesional o como actor económico.

Con respecto al análisis substantivo de si el aporte económico y el suministro de munición a los paramilitares por medio de su empresa tienen relación con el conflicto, para la Sala, tal vínculo no existió. Esto porque, según la Sala, estas conductas no apoyaron las hostilidades, no resultaron en que se mantuvieran las condiciones de los paramilitares como actores del conflicto y tampoco contribuyeron a que el grupo consiguiera una ventaja militar.

Para la Sala no hubo pruebas de que David Char hubiera hecho los aportes financieros en razón del conflicto. Además, el conflicto no influyó en sus decisiones respecto del suministro de munición o la financiación, ya que su propósito era obtener una curul en el Senado, sin que todo ello potenciara el actuar del grupo frente al conflicto. Agrega la Sala que la mayoría de los parapolíticos se asociaron con la estructura paramilitar no para sostenerla, ni para que ganara la guerra, sino como una contraprestación de intereses políticos y con fines

¹⁴ Tribunal Superior de Medellín. Sala de Justicia y Paz. Rad. No. 110016000253200782701. M.P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez. Sentencia del 17 de mayo de 2018, p. 8700-8701.

particulares, por lo cual esas conductas serían competencia de la jurisdicción ordinaria. Como ya explicamos en el análisis de estos mismos puntos en el contexto de la competencia de la JEP sobre Char en su posición como tercero civil, esto sugiere una visión restrictiva del concepto de ‘con razón, en ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto’.

4. Remisión de David Char a otras instancias del Sistema Integral

La consideración final de la Sala en la decisión sobre David Char Navas apunta a que éste se dirija a otros componentes o instancias previstas en el AFP para que sea allá donde aporte a la verdad. De acuerdo con la Sala, ‘Que el Acuerdo de Paz haya establecido unas condiciones para acceder al componente de justicia de la JEP, no significa que quienes no ingresen carezcan de un espacio para contar la verdad.’ (p.37). En ese sentido, cita las secciones 3.4.4. y 5.1.2., párrafo 74, del AFP para traer a colación la *Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*, la *Unidad de investigación para el desmantelamiento de las organizaciones criminales*, a ser creada dentro de la jurisdicción ordinaria, y las medidas de fortalecimiento de los procesos de *justicia y paz* y la *ley 1424 de 2010* que debía adelantar el Estado, todos como ejemplos de instancias donde el AFP prevé un énfasis en el esclarecimiento del fenómeno paramilitar. Por lo tanto, concluye la Sala, David Char Navas podría acudir a esas instancias si ‘quiere contribuir a la verdad del fenómeno del paramilitarismo y reconocer el derecho que tienen las víctimas para conocerla, además de aportar información para que los responsables sean sometidos a la justicia’ (p.38).

Es oportuna la visión integral del Sistema implícita a esta decisión de la Sala pues va en la dirección de reconocer y reforzar la complementariedad de los múltiples mecanismos de la justicia transicional previstos en el Acuerdo. No es impreciso aceptar que hay múltiples escenarios en los que se puede avanzar en la construcción de las diferentes facetas de la verdad y relatos históricos que nos informen sobre las causas, motivaciones, dinámicas y lógicas que atizaron el conflicto armado y posibilitaron su permanencia en el tiempo.

El inconveniente consiste en que la Sala parece restarle importancia al componente judicial del Sistema Integral, que es la JEP, como escenario propicio para el aporte a la verdad judicial en cumplimiento con la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones cometidas durante el conflicto,¹⁵ y, más en general, para promover la defensa de los derechos de las víctimas a la justicia, reparación y garantías de no repetición. Es indudable que la JEP fue prevista desde el mismo AFP como espacio para construir verdad, pues uno de sus objetivos manifiestos consiste en ‘ofrecer verdad a la sociedad colombiana’¹⁶, mientras que el sistema en su integralidad se orienta por el principio según el cual ‘Esclarecer lo sucedido a lo largo del conflicto, incluyendo sus múltiples causas, orígenes y sus efectos, es parte fundamental de la satisfacción de los derechos de las víctimas, y de la sociedad en general. La reconstrucción de la confianza depende del esclarecimiento pleno y del reconocimiento de la verdad.’¹⁸ La verdad está en el centro de la lógica integral del Sistema Integral, puesto que este debe contribuir ‘al esclarecimiento de la verdad del conflicto y la construcción de memoria histórica’ (Art. 1 del AL 01/2017).

A partir del reconocimiento y aporte voluntario a la verdad que podrían realizar los terceros que decidan acogerse a la JEP, se podría entonces avanzar en la importante tarea de conocer un poco más de lo que nos ha sucedido como sociedad, pero también con el deber ético y político de ofrecer a las víctimas vías para la satisfacción de sus derechos. En este sentido, el otorgamiento de los beneficios jurídico-penales a quienes se acojan a la JEP están condicionados a que realicen aportes efectivos a la verdad, puesto que ‘Para acceder al tratamiento especial previsto en el componente de Justicia del Sistema Integral (...) es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.’ (Art. 5 del AL 01/2017). *Verdad plena* que es definida como ‘relatar, cuando se disponga de los elementos para ello, de manera exhaustiva y detallada las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión, así como las informaciones necesarias y suficientes para atribuir responsabilidades, para así garantizar la satisfacción de los derechos de las víctimas a la reparación y a la no repetición.’ (Art. 5 del AL 01/2017)

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-007/2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, parr.550.

¹⁶ Gobierno Nacional de Colombia – FARC-EP. Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. p. 143, párrafo 2. ¹⁸ *Ibíd.*, p. 124.

Entender correctamente este imperativo de la búsqueda de la verdad, y el anhelo por hacer efectivos los derechos de las víctimas, tendría entonces que ser un motivo más para aceptar a los terceros que decidan presentarse ante la JEP aun cuando no están obligados a hacerlo. Su aporte a la verdad y a la justicia tampoco debe oscurecer una importante dimensión en la que también deberían ser protagonistas: la reparación material y simbólica de las víctimas. Cerrar las puertas de la JEP a los terceros que voluntariamente acudan a ella también podría menguar las posibilidades de reparación de las víctimas, quienes están en el centro de los mecanismos de justicia transicional.

Bogotá D.C., lunes 17 de diciembre de 2018

Magistrado
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Sección de Apelación
Tribunal para la Paz
Jurisdicción Especial para la Paz
Ciudad

Referencia: concepto de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia sobre las cuestiones planteadas en el Auto APTP-SA-ECM 002 de 2018.

Sabine Michalowski y Jorge Parra Norato, directora y consultor de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex, Diana Rodríguez Franco, Rodrigo Uprimny Yepes, Alejandro Jiménez Ospina, Daniel Marín López y Hobeth Martínez Carrillo, subdirectora (e) e investigadores de Dejusticia, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos el siguiente concepto a petición de su despacho.

La tesis central que aquí se plantea sostiene la necesidad de definir el alcance del compromiso concreto, programado y claro (CCPC) a la luz de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia sin importar si su victimario es un excombatiente o un tercero. En este sentido, se realizarán recomendaciones específicas para que la verificación de dicho compromiso no se convierta en una barrera de ingreso que desincentive tanto a agentes estatales no combatientes (AENC) como a terceros civiles acudir a la JEP y para que el mismo no restrinja la competencia de la jurisdicción respecto a la participación de estos actores en el conflicto armado.

Para desarrollar este planteamiento, este documento está dividido en dos secciones dirigidas a atender diferentes interrogantes planteados por la Sección de Apelación. La primera de ellas acerca del compromiso concreto, programado y claro respecto de agentes estatales no combatientes y terceros civiles, la cual se subdivide en dos argumentos y recomendaciones: (i) que las decisiones de la JEP estén orientadas a incentivar el sometimiento por parte de AENC y terceros como una garantía para los derechos de las víctimas; y (ii) que al verificar el CCPC que se realice al ingresar a la JEP, esta diferencie según la situación jurídica del AENC o tercero civil ante la justicia ordinaria. La segunda sección atiende dos preguntas específicas realizadas por la Sección de Apelación, relacionadas (i) con las personas a las que les es exigible el CCPC, a lo cual se propone se limite únicamente para AENC y terceros civiles; y (ii) con la participación de las víctimas alrededor del sometimiento a la JEP y el acceso a beneficios provisionales, a lo cual se recomienda una solución ponderada entre la participación de las víctimas de manera sustancial y la eficiencia del funcionamiento de la jurisdicción.

I.- El CCPC respecto de AENC y terceros civiles en la JEP

1. *El CCPC no puede generar un desincentivo para el sometimiento voluntario de AENC y terceros civiles en la JEP*

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) parte del principio de reconocimiento de responsabilidad de todos los que participaron en el conflicto armado en Colombia¹⁷. La JEP en particular tiene como objetivos tanto la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia como otorgar plena seguridad jurídica a

¹⁷ Artículo transitorio 1, AL 01 de 2017.

quienes participaron en el conflicto¹⁸. Estos principios y objetivos de la JEP, que son elementos normativos que deben orientar su funcionamiento y sus decisiones, no hacen diferencia alguna entre los actores del conflicto. Es decir, la JEP debe brindar verdad y justicia a las víctimas por igual sin diferenciar según su victimario, y debe garantizar seguridad jurídica tanto a los excombatientes como a los AENC y terceros civiles.

Esta ausencia de distinción en razón de la víctima tanto en los principios como en los objetivos constitucionales de la JEP no se modifica a pesar de la distinción cualitativa introducida por la definición de su competencia personal. Dado su mandato de administrar justicia respecto de las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, la Constitución reconoce que la JEP ejerce una competencia personal amplia. Si bien esta competencia sí es diferenciada entre excombatientes (jurisdicción obligatoria) y AENC y terceros (jurisdicción voluntaria) en los términos definidos por la Corte Constitucional, esto no quiere decir que los principios y objetivos mismos de la jurisdicción se modifiquen o reduzcan su intensidad respecto de AENC y terceros civiles pues, como lo describió la misma Corte, el Acto Legislativo 01 de 2017 partió de la necesidad de una “justicia transicional para todos”¹⁹.

La Sección de Apelación debe aclarar que el sometimiento a la JEP y el CCPC respecto AENC y terceros no pueden ser evaluados bajo una lógica de exclusión de la jurisdicción sino bajo una lógica de satisfacción de los derechos de las víctimas y de aporte a la reconciliación. Es decir, la exigencia del compromiso en cada caso no puede ser tan elevada que termine siendo una barrera de acceso e impida el esclarecimiento de lo ocurrido por parte del AENC o tercero que pretendía someterse a la jurisdicción.

Solicitud: por lo tanto, amablemente recomendamos a la Sección de Apelación que señale que el estudio del CCPC por parte de AENC y terceros civiles debe realizarse en el marco de un ejercicio de ponderación en el que se asegure la satisfacción de los derechos de las víctimas, el otorgamiento de seguridad jurídica plena a todos los actores del conflicto armado y la contribución de la JEP a la reconciliación en los términos que el Acto Legislativo 01 de 2017 definió como objetivos de esta jurisdicción. De igual manera, y en relación con lo anterior, solicitamos a la Sección de Apelación que disponga que toda Sala y Sección de la JEP al evaluar y decidir sobre el CCPC valore de manera efectiva si su decisión puede generar un desincentivo para el sometimiento voluntario por parte de otros AENC que participaron en conductas relacionadas con el conflicto armado.

2. La evaluación del CCPC no hace parte del análisis de competencia de la JEP sobre AENC y terceros civiles y el contenido del CCPC por parte de AENC y terceros civiles debe diferenciarse en su intensidad según la situación jurídica de la persona ante la justicia ordinaria

La competencia de la JEP está definida constitucionalmente por las conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado²⁰. La competencia respecto de AENC y terceros está delimitada por el mismo criterio, pues podrán acogerse a la JEP siempre que hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto. Sin embargo, es importante diferenciar este análisis de competencia del análisis del CCPC, el cual, si bien puede iniciarse desde el estudio mismo del sometimiento de una persona a la JEP, no significa que deba confundirse con la decisión de asumir competencia sobre un caso.

Los artículos 16 y 17 del Acto Legislativo 01 de 2017 sobre competencia sobre terceros y sobre AENC advierte que para recibir el tratamiento especial de esta jurisdicción los comparecientes deben cumplir con las condiciones de contribución a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición. Al respecto la Sección de Apelación señaló que “según el

¹⁸ Artículo transitorio 5, AL 01 de 2017.

¹⁹ Sentencia C-674 de 2017.

²⁰ Artículo transitorio 6, AL 01 de 2017.

tenor literal de la Constitución, el acto mismo de ‘acogerse’ está sujeto a la condición de favorecer la realización efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición”²¹. En efecto, así como ocurre respecto de los excombatientes de la guerrilla y los miembros de la Fuerza Pública, el sometimiento incluye un compromiso para contribuir a la verdad y a la satisfacción de los derechos de las víctimas. Sin embargo, también como ocurre respecto de los excombatientes, la delimitación de la competencia de la JEP no se ve afectada por el análisis del mencionado compromiso o de su cumplimiento.

Así las cosas, el análisis de competencia de la JEP está definido por la pregunta sobre el nexo de la conducta con el conflicto armado. De manera que si el AENC o el tercero civil presentan su sometimiento voluntario ante la JEP y esta encuentra que las conductas en las que estos participaron tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado, la decisión que corresponde debe ser que la JEP avoca competencia respecto de dichas conductas. En términos de la Sección de Apelación:

“una vez la solicitud de sometimiento es comunicada a las autoridades correspondientes, los comparecientes habrán completado un hecho jurídico que es contemplado por la Constitución Política y la ley como generador de la competencia exclusiva y prevalente de la JEP para investigar, juzgar y sancionar todos los delitos por ellos cometidos antes del 1 de diciembre de 2016, con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado no internacional”²².

Ahora bien, respecto del contenido del CCPC, en las decisiones de la Sección de Apelación al resolver los recursos en los casos Ashton y Char existen particularidades fácticas que pueden explicar la razón por la cual a estos AENC y terceros civiles les fue exigido un CCPC con una intensidad elevada. En particular porque los dos casos involucran personas que participaron en altos cargos públicos y que, al momento de solicitar su sometimiento a la JEP, se encontraban privados de la libertad en el marco de un proceso penal que ya se encontraba en etapa de juicio y próximo a una decisión definitiva por parte de la Corte Suprema de Justicia y, por esta razón, tanto Ashton como Char solicitaban a su vez acceder a los beneficios provisionales de la Ley 1820. Sin embargo, la Sección de Apelación debe advertir que no todos los terceros que participaron en conductas relacionadas con el conflicto armado se encuentran actualmente privados de la libertad ni son sujetos de investigaciones en la Fiscalía ni de procesos penales ante las autoridades judiciales ordinarias, lo que debe ser tenido en cuenta al evaluar los CCPC.

Las decisiones de la Sección de Apelación desarrollan el concepto de CCPC y definen su contenido como un estándar que se debe verificar para asegurar que las condiciones del SIVJNR sí serán cumplidas por los terceros que solicitan someterse a la JEP. En este sentido, el CCPC ayudaría a que se verifique el compromiso real y serio con la verdad y los derechos de las víctimas de quienes estando privados de la libertad por medida de aseguramiento o condena judicial buscan someterse a la jurisdicción. El CCPC entonces evitaría un uso instrumental del sometimiento a la JEP para acceder a los beneficios provisionales y aseguraría que la voluntad de contribución sea genuina.

Sobre la intensidad del CCPC respecto de los AENC y los terceros civiles, la Sección de Apelación debe diferenciar según su situación jurídica ante la justicia ordinaria. Mientras en un extremo se encuentra el tercero condenado judicialmente y privado de la libertad que junto a su sometimiento solicita acceder a beneficios provisionales de la Ley 1820, también se encuentra en otro extremo el tercero que no está privado de la libertad ni ha sido vinculado a un proceso penal ordinario pero que debido a que participó en conductas relacionadas con el conflicto armado decide someterse a la JEP. La posibilidad de perseguir un interés instrumental en el acceso a la JEP para buscar un beneficio provisional es mucho más alta en el primer extremo, mientras que en el segundo el interés genuino de esclarecer lo ocurrido y tener seguridad jurídica de su situación podría ser el móvil de su sometimiento.

En consecuencia, diferenciar las intensidades del CCPC es importante para incentivar el sometimiento de AENC y terceros ante la JEP y para el ejercicio de su jurisdicción voluntaria. La JEP, como se dijo en el punto anterior, debe procurar generar incentivos que permitan que

²¹ Sección de Apelación, Tribunal para la Paz. Auto TP-SA 19 de 21 de agosto de 2017. Párr. 9.10.

²² *Ibidem*. Párr. 7.21.

la participación de AENC y terceros en el conflicto armado sea esclarecida en el marco de sus procedimientos. En particular, debe incentivar el sometimiento a la JEP de aquellos que participaron en conductas relacionadas con el conflicto armado y que nunca hayan sido vinculados a un proceso penal por parte de una autoridad judicial ordinaria, pues su contribución a la verdad será por sí misma significativa para la satisfacción de los derechos de las víctimas. Sin embargo, si la Sección de Apelación admite que a este perfil de actores se les deba exigir suscribir un CCPC de la misma intensidad de aquellos estudiados en los casos Char y Ashton (los cuales incluyeron elementos como la entrega de predios a las víctimas y asistencia para ejecutar proyectos productivos)²³, la consecuencia será disuadir a los AENC y terceros para que decidan voluntariamente someterse a la jurisdicción, lo que en últimas significa no contribuir al esclarecimiento y restringir la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Por lo tanto, el contenido del CCPC y su evaluación debe seguir una intensidad baja respecto de los AENC y terceros que no se encuentren privados de la libertad o no hayan sido vinculados a un proceso penal. Dado que respecto de estas personas el Estado a través de su aparato judicial no ha logrado esclarecer su participación en el conflicto armado, se puede prever que al someterse a la JEP estas personas están dispuestas a contribuir con una verdad que hasta el momento la institucionalidad no conoce. Por esta razón, una contribución exhaustiva a la verdad en sí misma debe ser elemento suficiente como contenido del CCPC y como criterio para evaluar su sometimiento.

Adicionalmente, debe recordarse que las Salas y Secciones pueden ejercer en cualquier momento un control sobre el cumplimiento del régimen de condicionalidad²⁴, por lo que un estudio de intensidad baja sobre el CCPC no derivará en un uso interesado o instrumental de la JEP que atente contra los derechos de las víctimas. Además, la Sección de Apelación ha sido clara en señalar que las condiciones de este CCPC pueden calificarse progresiva e incrementalmente según el avance de las investigaciones en las Salas y Secciones. De esta manera, y conforme a lo acá explicado, no hay razones que justifiquen que en el estudio del sometimiento de AENC y terceros que no se encuentren privados de la libertad o no hayan sido vinculados a un proceso penal se les exija un CCPC más allá de la contribución a la verdad que están dispuestos a realizar.

Solicitud: conforme a lo expuesto solicitamos a la Sección de Apelación que aclare que el estudio del CCPC no puede derivar en la decisión de inadmitir un caso por falta de competencia, pues esta está dada por criterios constitucionales como la relación con el conflicto armado. Asimismo, solicitamos que la Sección de Apelación disponga que la suscripción de un CCPC respecto de AENC y terceros civiles que no se encuentren privados de la libertad o no hayan sido vinculados a un proceso penal, se satisface de manera suficiente con el compromiso de aportar verdad plena sobre su participación en conductas relacionadas con el conflicto armado. Lo anterior sin perjuicio del estudio del cumplimiento del régimen de condicionalidad que pueda realizar la Sala o Sección competente según cada caso.

II.- El CCPC respecto de los excombatientes de la guerrilla y los miembros de la Fuerza Pública, y la participación de las víctimas

3. La suscripción de un compromiso concreto, programado y claro solo puede exigirse respecto de AENC y terceros civiles, pero no respecto de excombatientes

La competencia de la JEP respecto de los miembros de la guerrilla y los miembros de la Fuerza Pública que participaron en conductas relacionadas con el conflicto armado es obligatoria según lo definido por la Constitución y la Corte Constitucional. La suscripción de más de 4.600 actas de compromiso por parte de excombatientes de la guerrilla de las Farc-EP y más 1.700 actas de compromiso por parte de miembros de la Fuerza Pública con corte a 15 de marzo de 2018, tuvo lugar con un compromiso general que no cumplió las

²³ Sección de Apelación, Tribunal para la Paz. Auto TP-SA 19 de 21 de agosto de 2017. Párr. 9.30.

²⁴ Ley 1922 de 2018.

características de ser concreto, programado ni claro. Esto se debe en gran medida a que a estos excombatientes se les exigió un compromiso adicional de dejar las arma, lo que fue requisito para la terminación del conflicto armado.

Por lo anterior, en caso de que la Sección de Apelación decida ampliar la exigencia de CCPC a excombatientes se podrían generar dos consecuencias negativas que impactarían el funcionamiento mismo del SIVJRN. Por una parte, al agregar un requisito adicional no contemplado ni por el Acuerdo Final ni por el marco normativo respecto del sometimiento de los excombatientes a la JEP, se estaría afectando de manera sustancial la seguridad jurídica de los miles de sometidos hasta el momento. Como es bien sabido, garantizar seguridad jurídica a los excombatientes es una de las condiciones para la reconciliación y por eso fue consagrado como uno de los objetivos constitucionales de la JEP²⁵. De otra parte, ampliar la evaluación del CCPC a los miles de sometidos implicaría que tanto la Sala de Amnistía como la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas deberán destinar la mayoría de sus recursos a revisar uno por uno estos sometimientos. Esto no solo resulta incompatible con el principio de economía procesal, sino que además generaría un represamiento de casos en la JEP y demoraría la toma de decisiones de fondo que son esperadas por las víctimas y la sociedad colombiana.

En todo caso, lo anterior no significa que la JEP no pueda verificar que el compromiso de contribución con los derechos de las víctimas firmado por excombatientes sea concreto, claro y programado, lo cual en efecto puede realizar en momentos posteriores con miras a cualificar el compromiso. Asimismo, las Salas y Secciones de la JEP pueden en cualquier etapa procesal iniciar, en caso de que no se cumpla con los contenidos del compromiso, el incidente de incumplimiento del régimen de condicionalidad contemplado en las normas de procedimiento de esta jurisdicción.

Recomendación: solicitamos que la Sección de Apelaciones señale que la suscripción de un CCPC como requisito para la aceptación del sometimiento a la JEP opere únicamente respecto de AENC y terceros civiles. Lo anterior sin perjuicio que las Salas y Secciones competentes puedan verificar en cualquier momento el cumplimiento del régimen de condicionalidad respecto de los excombatientes de la guerrilla y los miembros de la Fuerza Pública a través del incidente de cumplimiento definido en la ley.

4. Las audiencias públicas y diligencias judiciales que realice la JEP al conceder beneficios provisionales y al recibir el sometimiento de una persona deben ser ponderadas con el derecho de las víctimas a una participación sustancial y con la necesidad de generar incentivos para el acceso de AENC y terceros a la jurisdicción.

En términos generales, la participación de las víctimas ante cualquiera de los procedimientos o etapas que se surtan en la JEP debe tener lugar atendiendo a diferentes criterios como (i) que dicha participación sea sustancial y efectiva, evitando así todo tipo de participación vacía o meramente formal y sobre todo evitando cualquier tipo de revictimización; (ii) que se asegure en todo caso la eficiencia del SIVJRN y de la JEP en particular; y (iii) que las formas y los contenidos que delimiten dicha participación impactará en la legitimidad que tiene la jurisdicción ante las víctimas y ante la sociedad en general, lo cual si bien no es una variable relevante en un escenario de justicia ordinaria, sí resulta serlo en un sistema de justicia transicional.

De igual manera se debe tener en cuenta la diferencia entre la participación de las víctimas a través de sus representantes y la que ellas realizan directamente. En este segundo escenario, la JEP debe tener en cuenta que el contacto directo con las víctimas para su participación activa deberes institucionales que deben ser tenidos en cuenta cualquiera que sea la etapa procesal en la que se encuentre un caso. Estos deberes incluyen, entre otros, la notificación de cientos o miles de víctimas respecto de un caso, el acceso de estas víctimas a la JEP bien sea a través de su traslado a la sede principal o a través de enlaces territoriales de la jurisdicción, su acreditación, la designación de una asistencia técnica a través del Sistema

²⁵ Artículo transitorio 5, AL 01 de 2017.

Autónomo de Asesoría y Defensa, la preparación meticulosa de cualquier audiencia pública a la que sean invitadas, disposición adecuada del lugar donde se realizará la respectiva audiencia, el acceso a asistencia psicosocial antes, durante y después de la respectiva diligencia (máxime si en la misma se va a permitir el contacto verbal entre víctimas y sus posibles victimarios), garantías de seguridad y el acceso a un canal para transmitir sus opiniones de manera efectiva.

Precisamente, atendiendo a estas características, el Acuerdo Final y la ley de procedimiento de la JEP contemplaron etapas procesales específicas en las que se pueden adelantar audiencias públicas con garantías suficientes de participación de las víctimas de forma directa. En particular, la Sala de Reconocimiento tiene competencia para adelantar una audiencia pública de reconocimiento de responsabilidad en el marco de un escenario de justicia restaurativa y en el que las víctimas podrán escuchar el resultado de la contrastación de la información realizada, satisfacer su derecho a la verdad y presenciar posibles actos simbólicos realizados por los propios responsables de los crímenes cometidos.

En este escenario, es complejo que la JEP realice audiencias públicas en las que se ha invitado a las víctimas a participar de manera directa, con todos los esfuerzos institucionales ya mencionados, en una etapa procesal preliminar en la que no se realiza contrastación de información alguna sobre lo ocurrido ni se estudia el fondo del caso. Al tratarse de audiencias para estudiar el sometimiento de una persona a la JEP, el foco de atención recae sobre el presunto responsable, lo que impide que las expectativas de participación de las víctimas asistentes a estos eventos sean satisfechas e incluso se podría generar un escenario de revictimización. Lo anterior sin perjuicio de la participación que pueda realizarse a través de sus representantes, por escrito y en los términos definidos en el marco normativo aplicable y los criterios que defina la Sección de Apelación.

Sobre esta materia, la Sección de Apelación al pronunciarse sobre el procedimiento por el cual se debe realizar el estudio del CCPC dispuso que puede ser de forma oral o por escrito según el criterio de la respectiva Sala o Sección en el marco de su autonomía judicial. Acertadamente señaló la Sección que *“ciertamente, una interacción entre los comparecientes y la JEP también puede lograrse por escrito, en cuyo caso los intercambios dialógicos adquieren mayor precisión”*²⁶. Sin embargo, es importante que la Sección de Apelación señale que en cualquier caso la interacción entre la JEP y el compareciente, si bien puede realizarse de manera verbal, no tiene por qué realizarse a través de audiencia pública con participación directa de las víctimas, cuando se puede preferir un medio escrito o al menos no público en el que la participación se realice, por ejemplo, a través de representantes de las víctimas.

Adicionalmente, es importante que la Sección de Apelación aclare que la audiencia a realizar por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y que está contemplada en el artículo 48 de la Ley 1922 de 2018 tiene lugar exclusivamente en casos de duda respecto de la competencia de la JEP, mas no respecto de la firma de un acta de compromiso ni de la evaluación del CCPC. En efecto, el texto literal de la mencionada norma dispone que la citación a dicha audiencia procede *“en caso de duda sobre la competencia de la JEP por parte de la Sala”*. Como se mencionó en el punto tercero de esta intervención, el análisis de competencia es diferente al estudio del compromiso de quien se quiere someter a la JEP. Por lo tanto, ni la suscripción ni el contenido del CCPC deben ser objeto de discusión en dicha audiencia, pues esta debe limitarse al análisis de competencia, el cual apunta a determinar el nexo directo o indirecto de la conducta con el conflicto armado.

Recomendación: conforme a lo anterior, solicitamos a la Sección de Apelación que aclare que no se requiere de una participación de las víctimas en el acto de sometimiento, lo que no implica que no puedan participar través de representantes y mediante la presentación de escritos. Adicionalmente, que la suscripción de un acta de compromiso y la verificación y estudio del CCPC se atenga a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1922 de 2018, esto es, que el tipo de audiencia prevista en esta norma solo procede en caso de duda respecto de la competencia y siempre bajo la idea de salvaguardar los derechos de las víctimas dentro del proceso.

²⁶ Sección de Apelación, Tribunal para la Paz. Auto TP-SA 19 de 21 de agosto de 2017, párr. 9.26.

Notificaciones

Se puede notificar a las y los ciudadanos firmantes en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia –, en la Calle 35 No. 24-31, en la ciudad de Bogotá D.C. y a las direcciones dmarin@dejusticia.org y smichal@essex.ac.uk

Cordialmente,



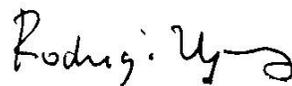
Sabine Michalowski

Pasaporte: C4YMH780J - Alemania

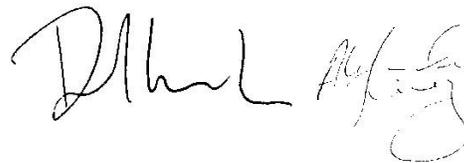


Jorge Parra Norato

C.C.
1'015.419.307



Alejandro Jiménez Ospina



Daniel Marín
López

C.C.
1'020.735.818

Diana Rodríguez Franco

Rodrigo Uprimny
Yepes

C.C. 52.716.626
C.C. 1'037.620.354

C.C.79.146.539



Hobeth Martínez Carrillo

C.C. 1'106.772.618

Bogotá D.C., 27 de febrero de 2020

Señores y señoras

SECCIÓN DE APELACIÓN

Tribunal para la Paz

Jurisdicción Especial para la
Paz Ciudad E.S.D.

Referencia: *Amicus curiae* de la Essex Transitional Justice Network (ETJN), el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Essex Armed Conflict and Crisis Hub de la Universidad de

Essex

Radicado: Oficio TPSA 270-2020

El presente texto responde a oficio radicado con el código TPSA 270-2020, en el que la Sección solicitó a la Essex Transitional Justice Network (ETJN) y al Armed Conflict and Crisis Hub, ambos de la Universidad de Essex, y al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), participar en calidad de *amicus curiae*. Sabine Michalowski y Michael Cruz Rodríguez, directora e integrante del ETJN, Maryluz Barragán González, Mauricio Albarracín Caballero, Juana Dávila Sáenz, Pablo Gómez Pinilla, Felipe Octavio León Villamil y Alejandro Jiménez Ospina, subdirectora, subdirector e investigadores de Dejusticia, Aaron Alfredo Acosta, investigador afiliado del United Kingdom Research and Innovation Global Challenges Research Fund on Gender, Justice and Security y de Dejusticia, y Noam Lubell y Claire Simmons, director e integrante del Essex Armed Conflict and Crisis Hub de la Universidad de Essex, acudimos a la Sección para rendir nuestro concepto sobre algunos de los puntos solicitados.

La solicitud contenía cinco grandes temas sobre los cuales la Sección requería el concepto de las organizaciones e instituciones oficiadas. Entre la ETJN, el Essex Armed Conflict and Crisis Hub y Dejusticia decidimos presentar a la Sección nuestras apreciaciones sobre dos de los cinco grandes temas: “(3) ¿Cuál es el estado del derecho internacional en cuanto al tratamiento de las fuerzas de policía en los conflictos armados no internacionales? Se deberá dar respuesta al estatus de los cuerpos de policía en los conflictos no internacionales y si se pueden considerar como personas protegidas y bajo cuáles circunstancias” y, “(4) El marco normativo de la JEP (Acto Legislativo 01 de 2017, Ley Estatutaria 1957 de 2019), así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional que estudió su constitucionalidad (Sentencias C-674 de 2017 y C-080 de 2019), establecen que el trabajo de investigación, judicialización y sanción de la JEP debe concentrarse en “los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos”. De conformidad con lo anterior se pregunta: (...)”.

Por ello el presente texto se divide en dos partes. En la primera abordaremos la cuestión sobre máximos responsables y la forma en que ha sido abordada en el derecho internacional y los tribunales internacionales y, además, presentaremos una comparación entre esto y el estado actual del derecho colombiano al respecto (sección 1). En la segunda estudiaremos el estatus

de los cuerpos de policía en el derecho internacional, específicamente en el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y, a partir de allí, ofreceremos un análisis sobre el rol que ha jugado la Policía Nacional en el conflicto armado colombiano y posibles soluciones para adjudicar casos concretos relacionados con la protección o no que el DIH le pudiera ofrecer a sus integrantes (sección 2).

1. LA CUESTIÓN DEL MÁXIMO RESPONSABLE

Con el fin de responder las preguntas de la Sección acerca de la categoría “máximo responsable”, aquí sostendremos que el grado de liderazgo y el nivel la participación han sido los criterios usados por los tribunales internacionales e híbridos para determinar la máxima responsabilidad. Dicha determinación, entendida como proceso, inicia desde las decisiones de priorización o selección, en las cuales el criterio de gravedad y representatividad tienen mayor relevancia; y continúa en las etapas de investigación y juicio mediante la identificación del liderazgo, en su sentido material, no restringido al rango o la responsabilidad militar, y de la participación efectiva o determinante en la comisión de los crímenes. Con todo, la comparación entre dichos criterios generales y el caso colombiano es limitada en tanto la complejidad de los crímenes, las especificidades del contexto, los mecanismos y los fines de las diferentes experiencias de justicia transicional son diferentes. De ahí que la JEP deba tener en cuenta el margen de discrecionalidad con que cuenta y las particularidades del caso concreto a la hora de definir o aplicar los criterios que se describen.

Con este propósito, el concepto se divide en tres partes: la primera estudia el tema de los máximos responsables en los tribunales internacionales e híbridos (subsección 1.1); la segunda presenta una comparación entre los criterios internacionales y la jurisprudencia colombiana (subsección 1.2); y la tercera sintetiza una serie de recomendaciones que podrían orientar la noción de máximo responsable y su uso por parte de la JEP en el trabajo de investigación, judicialización y sanción (subsección 1.3).

1.1. La cuestión de los máximos responsables en los tribunales internacionales e híbridos

La sección preguntó: “¿Los Tribunales penales internacionales estatutarios o híbridos (Núremberg, Tokio, Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Corte Penal Internacional) 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?”. Este apartado presenta la respuesta a dicha pregunta.

1.1.1. La estrategia de selección: el primer paso

La mayoría de los tribunales penales internacionales estatutarios o híbridos han concentrado su trabajo de investigación, juzgamiento y sanción en situaciones o casos seleccionados y personas que ostentan la calidad de máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. El uso de la noción de máximos responsables —en sus diversas acepciones— y sus elementos definitorios, varían de conformidad con los contextos de aplicación y las

particularidades de cada proceso de justicia transicional. En otras palabras, la máxima responsabilidad no es una categoría delimitada de antemano o una figura jurídica aplicable a todos los casos por igual, más bien, ha sido el producto de varias experiencias en el derecho penal internacional para definir la competencia o concentrar los esfuerzos de los tribunales en la persecución penal, en algunas de las cuales la estrategia no estaba determinada con tanta claridad desde el principio. Este concepto se enfoca en las experiencias internacionales que nos parecen las más ilustrativas.

Por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fueron instalados en el 2004 por el Consejo de Seguridad de las

Naciones Unidas para concentrar esfuerzos en la selección de “(...) los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad respecto de los delitos que sean de competencia del Tribunal (...)”²⁷. Antes de dicha conminación los dos tribunales no tenían el deber de seleccionar los casos de máximos responsables. Asimismo, el Tribunal Especial para Sierra Leona cuenta con competencia estatutaria limitada a aquellos individuos sobre los que recae la más grande responsabilidad (*greatest responsibility*)²⁸.

La selección de casos a ser investigados por la Corte Penal Internacional (CPI), por su parte, tiene lugar en dos momentos. En primer lugar se selecciona una situación, la cual es delimitada en términos temporales, territoriales y algunas veces personales. Dicha selección de la situación se realiza con fundamento en un criterio de gravedad que está compuesto por cuatro elementos:

escala, naturaleza, forma de comisión e impacto de los crímenes presuntamente cometidos²⁹. En segundo lugar, se seleccionan uno o varios casos dentro de una misma situación. El caso, a diferencia de la situación, se refiere a incidentes específicos en los cuales uno o más crímenes de competencia de la CPI fueron cometidos por uno o más sospechosos ya identificados. Es en

²⁷ La expresión en inglés para referirse a los “más altos dirigentes” es “*most senior leaders*”. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. Resolución 1534, 5, UN Doc. S/RES/1534, 26 de marzo de 2004. En consecuencia, el TPIY modificó sus reglas de procedimiento y prueba e incluyó la gravedad y la responsabilidad como criterios para que, por iniciativa propia o solicitud de los fiscales, se remitieran los casos no seleccionados a las jurisdicciones nacionales, previa revisión de una Sección de Remisión (*Referral Bench*) que decidía según la gravedad de los crímenes y el grado de responsabilidad del acusado si podrían ser competencia del TPIY en razón de que a los sospechosos les cabría la máxima responsabilidad, véase: Rule 11 bis of procedure and evidence. TPIY, *Referral of the indictment to another court*, adoptada el 12 de noviembre de 1997, reformada el 30 de septiembre de 2002, IT/32/Rev.50, 8 de Julio 2015. Por su parte el TPIR no modificó sus reglas de procedimiento y prueba, de modo que era el Presidente del Tribunal el que nombraba a una de las Salas de Juzgamiento para que decidieran sobre la remisión, pero sin mención explícita sobre los criterios de selección de máximos responsables dentro de los casos, véase: TPIR, Rule 11bis of procedure and evidence, adoptada el 29 de junio de 1995 .

²⁸ Statute of the Special Court for Sierra Leone, Art. 1. De conformidad con Art. 14, el TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA aplica *mutatis mutandi* las reglas de procedimiento y prueba del TPIR, así como el procedimiento criminal de Sierra Leona (*The Criminal Procedure Acts*, 1965).

²⁹ Fiscalía CPI, *Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2014 (Situaciones de Honduras y Colombia)*, 2 de diciembre 2014, párr. 7.

esta selección del caso en el que el criterio de máximos responsables entra a ser discutido por la CPI.³⁰

En los ejemplos citados la selección demarca el primer escenario dentro del cual se identifica a los máximos responsables. Esta selección puede incluir un factor personal dirigido a la investigación, juzgamiento y sanción individual, sea a través de criterios estatutarios o jurisprudenciales. Aunque la selección no implica considerar siempre el factor personal, es el primer paso para la identificación de los individuos que han de ser juzgados en razón de su liderazgo y/o participación en los crímenes más graves y representativos, criterios que, como se verá y con algunas diferencias, han sido usados por los tribunales internacionales como definitorios de la máxima responsabilidad.³¹

Ahora, la Sección preguntó, en caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, cuáles habían sido los criterios o parámetros que los tribunales utilizaron para la aplicación de la categoría. A continuación, demostraremos que los criterios o parámetros usados por los tribunales internacionales e híbridos han oscilado entre dos elementos definitorios de la máxima responsabilidad. Por un lado, el liderazgo, militar, político o civil y ejercido tanto *de iure* como *de facto*. Por otro lado, la participación o el rol real ejercido en la ejecución de los crímenes. Tanto el liderazgo como la participación han sido evaluados con diferente intensidad y bajo distintas modalidades de imputación.

1.1.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

El TPIR tuvo más en cuenta el criterio de liderazgo y rara vez hizo análisis de la gravedad o de la participación antes de decidir si asumir el caso o remitirlo a un tribunal nacional⁶. El Tribunal se limitó a evaluar la ausencia de rol de liderazgo como criterio suficiente para remitir casos como el de Munyakazi, pese a que ejercía un rol de líder paramilitar en una ciudad pequeña³², o Ryandikayo, un empresario acusado de participar directamente en genocidio y crímenes de lesa humanidad⁸. En otras decisiones, sin embargo, el liderazgo fue considerado suficiente para seleccionar el caso,

aun cuando se tratara de civiles sin liderazgo militar, pero a quienes les cabía la máxima responsabilidad.

Efectivamente, Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, trabajadores de la radio RTLM (RadioTélévision Libre Milles Collines) y del periódico Kangura, dada su posición de liderazgo y confianza pública fueron catalogados por el Tribunal dentro de los criminales más

³⁰ En la siguiente sección se precisan los criterios que tiene en cuenta la CPI para identificar la máxima responsabilidad.

³¹ En la siguiente sección se hacen algunos comentarios sobre la estrategia de selección de casos en Colombia. ⁶ Véase la nota al pie No. 1.

³² TPIR, Prosecutor vs. *Munyakazi*, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda, párr. 13. ⁸ TPIR, Prosecutor v. Ryandikayo, Decision on the Prosecutor's Request for Referral of the Case to the Republic of Rwanda, párr. 22.

serios³³. Los acusados aprovecharon su cargo de jefes en la radio RTL, para enviar mensajes de odio e incitaron la violencia, permitieron que las estructuras paramilitares operaran con la información transmitida por la radio para matar a la población Tutsi y no hicieron nada para evitarlo³⁴. Ngeze era el dueño y editor del periódico Kangura y el responsable de sus contenidos³⁵, y junto con Barayagwiza eran fundadores de la CDR (Coalition for the Defence of the Republic), que promovió el genocidio de los Tutsi mediante diversas actividades que incluían la distribución de armas o la ejecución de matanzas movilizándolo a la población Hutu³⁶.

Musema, director de la fábrica de té Gisovu, quien ejercía control legal y financiero sobre sus empleados y era considerado una figura influyente en la prefectura de Kibuye, fue condenado tanto por su participación directa en los crímenes como por aquellos crímenes cometidos por sus empleados sobre los que ejercía control *de iure* y *de facto*. Según el Tribunal, Musema sabía o debería haber sabido que sus subordinados iban a cometer crímenes y, en vez de prevenirlos, los incitó (abetted) mediante su presencia y participación³⁷. En la decisión de apelación el Tribunal desestimó que pudiera ejercer control sobre toda la población de la prefectura, pero dio gran peso a la facultad de despido del acusado sobre sus trabajadores para considerarlo máximo responsable³⁸.

El caso Bikindi, un famoso compositor y cantante condenado por incitar pública y directamente al genocidio, tuvo repercusión en la evaluación del criterio de liderazgo. El acusado había incitado desde un vehículo y motivó a los integrantes de los grupos paramilitares para participar en el entrenamiento militar y las matanzas. El Tribunal estudió su autoridad en el movimiento juvenil, las canciones de Bikindi usadas para promover el odio y la exhortación hecha por el cantante en un convoy de vehículos del grupo paramilitar Interahamwe³⁹. Por este último evento fue condenado como principal perpetrador al incitar al genocidio.

Por último, otro civil en cuyo caso se aplicó el criterio de liderazgo fue Akayesu, autoridad comunal de Taba y burgomaestre (alcalde), respetado tanto por la policía local como por sus habitantes (quienes seguían además sus órdenes), condenado por su participación y promoción de la violencia anti Tutsi, la cual presenció y ordenó⁴⁰. El criterio para condenarlo fue su participación (*actus reus*) como cómplice e incitador del genocidio incitando y su conocimiento

³³ TPIR, Prosecutor v. *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze*, Trial Judgement, TPIR-

99-52 T, párr. 1098-1102. El Tribunal usó la expresión “*most serious offenders*”, párr. 1103.

³⁴ *Ibid.*, párr. 488, 970-972

³⁵ *Ibid.*, párr. 122. El contenido del diario instigó la matanza de civiles Tutsi, párr. 977A.

³⁶ *Ibid.*, párr. 340, 951, 930 y 943.

³⁷ TPIR, Prosecutor v. *Alfred Musema*, Trial Judgment, TPIR-9613, párr. 999-1004; (TPIR-96-13A), Appeal Judgement, párr. 384, 880 y 894.

³⁸ *Ibid.*, Appeal Judgement, párr. 881.

³⁹ TPIR, Prosecutor v. *Simon Bikindi*, Trial Judgement, TPIR-01-72-T, párr. 48, 111, 183, 264, 285, 423, 424 y 441.

⁴⁰ TPIR. Prosecutor v. *Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgement. TPIR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998. Párr. 642, 704, 706, 709.

en el plan de exterminio (*mens rea* o *special intent*), a pesar de que el acusado no tenía la convicción de acabar con los Tutsi, no hizo nada para evitarlo.⁴¹

1.1.3. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

El TPIY estudió tanto el rango militar como el ejercicio de la autoridad en términos del liderazgo, así como el rol real en la comisión de los crímenes⁴². De esta manera, distinguió entre el liderazgo militar —incluso de militares de rango intermedio— para identificar a los máximos responsables a partir del modo de imputación por su responsabilidad como comandantes, del liderazgo de otros individuos que también podrían ser considerados máximos responsables en calidad de autores o cómplices sin hacer parte de las estructuras armadas. Así, en los casos en que existían sospechosos militares que presuntamente fueran máximos responsables el TPIY asumió competencia para, posteriormente, en la etapa de juicio, definir si esa máxima responsabilidad podía ser imputada como responsabilidad de comandantes o superiores.

Desde este punto de vista del liderazgo militar, uno de los antecedentes más importantes es el caso *Delalic et.al.*, en el cual el TPIY interpretó el artículo 7(3) de su estatuto decantando tres elementos de la responsabilidad del superior o del comandante (*command responsibility* o *superior responsibility*): (i) la existencia de una relación de subordinación, (ii) que el superior sabía o tenía razones para saber que el crimen iba a ser cometido, y (iii) que el superior falló en adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen o castigar a los responsables⁴³. Estos criterios serían confirmados en otras decisiones, algunas de las cuales se describen a continuación⁴⁴.

En el caso *Milošević*, el Tribunal conservó competencia y señaló que la máxima responsabilidad no hace relación exclusiva a los “arquitectos de la política general” (*architects of an overall policy*), sino que incluye a quienes ejercen *de iure* o *de facto* un grado de autoridad apropiado para ser catalogados como máximos responsables en vez de responsables intermedios⁴⁵. En efecto, *Milošević* no tenía el rango militar suficiente para definir la política

⁴¹ *Ibid.*, párr. 544-545.

⁴² TPIY, *Prosecutor v. Rahim Ademi and Mirko Norac*, Referral Bench, Decision For Referral To The Authorities Of The Republic of Croatia Pursuant to Rule 11bis, 14 de septiembre de 2005, párr. 29; TPIY, *Prosecutor v. Rasim Delić*,

Referral Bench, Decision on motion for referral of the case pursuant to rule 11bis, 9 de julio de 2007, párr. 25; TPIY, *Prosecutor v. Vladimir Kovačević*, Referral Bench, Decision on the Referral of the case pursuant to rule 11bis with confidential and partly ex parte annexes, 17 de noviembre 2006, párr. 20.

⁴³ TPIY, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic and Esad Landzo*, Trial Judgment, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 333 y ss.

⁴⁴ TPIY, *Prosecutor v. Timohir Blaskic*, Trial Judgment, IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 294; *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Trial Judgment, IT-95-14/1-T, 25 de junio de 1999, párr. 69; *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Trial Judgment, IT-95-14/2, 26 de febrero de 2001, párr. 401; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac and Radomir Kovac*, Trial Judgment, IT-96-23, 22 de Febrero de 2001, párr. 395.

⁴⁵ TPIY, *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Referral Bench, Decision on referral of case pursuant to rule 11 bis, 8 de julio de 2005, párr. 22.

general pero sí era un líder cuyo ejercicio de la autoridad, en la guerra y en la negociación, permitían calificarlo como máximo responsable⁴⁶.

Fue en la etapa de juicio en la que se analizó su rol real o participación como comandante militar y autoridad *de iure* del SRK (*Sarajevo Romanija Corps*). Allí el TPIY tuvo en cuenta que Milošević: (i) estaba bien informado de la situación de sus tropas y de los civiles dada la estrecha cadena de mando (*tight chain of command*)²³, (ii) era altamente respetado por sus subordinados, quienes seguían sus órdenes con disciplina²⁴, (iii) aunque no diseñó la política general sí podía implementarla de la manera en que considerara apropiada⁴⁷, y (iv) que el cerco y los ataques a civiles (*shelling and sniping*) fueron parte de una estrategia previa pero planeada y ejecutada por el acusado²⁶.

El TPIY también conservó su competencia sobre el caso Delić⁴⁸. En el juicio, el Tribunal lo condenó como máximo responsable toda vez que encontró que Delić, como integrante del ABiH (*Army of Bosnia and Hercegovina*) ejercía una relación de superioridad respecto al EMD (*El Mujahed Detachment*), por lo cual sabía que se iban a cometer o se habían cometido crímenes y, a pesar de tener control efectivo como superior sobre este grupo, no tomó las medidas apropiadas

para prevenir la comisión de los crímenes, sancionar a los perpetradores o hacer seguimiento a la información que recibió sobre los mismos⁴⁹.

Furundzija, comandante local de los Jokers, una unidad militar especial del Ejército de la Comunidad Croata de Herzeg-Bosnia (HVO), el cual se encontraba en enfrentamientos con el Ejército de Bosnia y Herzegovina (ABiH), fue condenado por violaciones a las leyes y

⁴⁶ Al evaluar la posición de *Milošević* el Tribunal tuvo en cuenta que: fue comandante permanente de su unidad por un período mayor a un año, fue segundo al mando después del máximo líder militar, negoció, firmó e implementó el cese al fuego local, participó en las negociaciones relativas a armamento pesado y controló el acceso de las fuerzas de protección de las Naciones Unidas al territorio circundante a Sarajevo. *Ibid.*, párr. 23. Estos elementos fueron reiterados para negar la apelación a la decisión de remitir el asunto a las jurisdicciones nacionales en el caso *Mitar Rašević y Sado Todović*. TPIY, *Prosecutor v. Mitar Rašević and Sado Todović*, Appeals Chamber, Decision on Savo Todovic's appeals against decisions on referral under rule 11 bis, 4 de septiembre del 2006, párr. 21. ²³ TPIY, *Prosecutor v. Milošević, Dragomir*, Trial Judgement, IT-98-29/1, par. 843 y 959. ²⁴ *Ibid.*, párr. 959.

⁴⁷ *Ibid.*, párr.

960. ²⁶ *Ibid.*,

párr. 978.

⁴⁸ El Tribunal reiteró los argumentos del caso *Milošević* en relación con el nivel de autoridad *de iure* o *de facto* ejercido por el acusado. TPIY, *Prosecutor v. Rasim Delić*, Referral Bench, op. cit., p. 22.

⁴⁹ TPIY, *Prosecutor v. Rasim Delić*, Trial Judgement, IT-04-83-T, 15 septiembre de 2008, párr. 127. De hecho, algunos de los integrantes del EMD fueron sometidos a juicio pero no por infracciones al Derecho Internacional Humanitario, párr. 470.

costumbres de la guerra, por tortura y atentados contra la dignidad personal⁵⁰. Se destaca el razonamiento jurídico del TPIY en relación con la responsabilidad penal por tortura, según el cual: (i) para ser autor de tortura se requiere que el acusado haya participado en un elemento integrante (*integral part*) del crimen y haya compartido el propósito que está detrás de su comisión; y (ii) para ser cómplice (*aider and abettor*) de tortura, el acusado debe contribuir de manera tal que su aporte tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen y con el conocimiento de que la tortura se está llevando a cabo.⁵¹

Kunarac era el líder de una unidad que formaba parte del Grupo Táctico de Foca, mientras que Kovac y Vukovic eran miembros de la unidad militar conocida como “Unidad Dragan Nikolic”⁵². Los tres soldados llevaron a cabo actividades militares en el marco conflicto armado entre los serbobosnios y los bosnios musulmanes de Foca, apoyando a los primeros, particularmente estuvieron presentes y participaron en actos de violencia sexual en contra de mujeres y niñas bosnias musulmanas³². A pesar de no ser el cerebro de las operaciones, fueron condenados por la comisión de crímenes de lesa humanidad y por violaciones a leyes y costumbres de la guerra, incluyendo tortura, violación, esclavitud y atentados contra la dignidad personal⁵³. Los acusados conocían el plan criminal para desplazar a la población civil y por eso no fue aceptada por el tribunal su posición de rangos subordinados, además, las violaciones, especialmente de índole sexual, fueron cometidas por los acusados como instrumento de terror⁵⁴.

En el caso Lukić y Lukić el asunto se mantuvo en la competencia del TPIY pese a que se trataba de liderazgo paramilitar y este tipo de liderazgo entraba dentro de la categoría de *most senior*

*leaders*⁵⁵. Según el Tribunal el máximo responsable puede ejercer liderazgo paramilitar, político o civil y no solo militar. De ahí que Milan Lukić como autoridad más alta dentro de la estructura paramilitar de carácter local fuera considerado máximo responsable y, a su vez, Sredoje Lukić como máximo responsable en calidad de cómplice (*aider and abettor*)⁵⁶. Aunque los criterios de liderazgo y participación tuvieron un gran peso, el Tribunal también tuvo en cuenta la gravedad de los crímenes, que incluyeron quemar vivas a las víctimas⁵⁷.

⁵⁰ TPIY, Prosecutor v. *Anto Furundzija*, Trial Judgement, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, párr. 51 y ss. Respecto a la condena ver párr. 264 y 270.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 257.

⁵² TPIY. Prosecutor v. *Dragoljub Kunarac et al*, Appeals Judgement, IT-96-23& IT-96-23/1-A, 12 de junio del 2002, párr. 11 y 19 ³² *Ibid.*, par 630.

⁵³ TPIY, Prosecutor v. *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, párr. 883.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 628.

⁵⁵ TPIY, Prosecutor v. *Milan Lukić and Sredoje Lukić*, Appeals Chamber, Decision on Milan Lukic’s appeal regarding referral, 11 de julio del 2007, párr. 20. El criterio de liderazgo no restringido a lo militar, mediante la reiteración del caso *Milošević* puede verse en: TPIY, Prosecutor v. *Gojko Jankovic*, Appeals Chamber, Decision on rule 11bis referral, 15 de noviembre de 2005, párr. 20.

⁵⁶ TPIY, Prosecutor v. *Milan Lukić and Sredoje Lukić*, Trial Judgement, IT-98-32/1-T, párr. 1084 y 1097.

⁵⁷ Las víctimas incluían personas mayores, niños y mujeres. *Ibid.*, párr. 1064.

Por su parte, Tadić era miembro del Partido Democrático Serebio (SDS, por sus siglas en serbio) en Kozarac y fue encontrado culpable de crímenes de lesa humanidad y de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra en el marco de la “limpieza étnica” en contra de los bosnios musulmanes de la región de Prijedor dominada por serbios⁵⁸. La Sala de Apelaciones del TPIY estableció que también era culpable por graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949 y que era responsable por el asesinato de cinco hombres no serbios, aunque no haya evidencia de que él haya sido parte de los homicidios. Lo anterior, debido a que bajo la doctrina del “propósito común”, el acusado podía ser considerado responsable de dichos asesinatos, aun cuando estos no hubiesen sido parte del plan común del grupo, especialmente cuando el riesgo de muerte era una consecuencia predecible de la ejecución de dicho plan y Tadić voluntariamente asumió ese riesgo⁵⁹.

Vale la pena mencionar que, aunque el criterio de gravedad fue usado para seleccionar casos que involucraron máximos responsables, su evaluación fue realizada en conjunto con el liderazgo, es decir, que la gravedad no fue determinante por sí misma para la selección. Elementos como los crímenes relacionados con violencia sexual, perpetrados en una limitada extensión geográfica o temporal o con un número limitado de víctimas, fueron considerados a la hora de examinar la gravedad y decidir la remisión de los asuntos o asumir competencia⁶⁰. Con todo, en el caso Lukić

y Lukić la Sala de Apelaciones estimó que el carácter local de los crímenes puede ser relevante como parte del criterio de gravedad, ya que no hay correspondencia necesaria entre la máxima responsabilidad y un espacio geográfico amplio⁶¹.

1.1.4. Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya

Las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, a diferencia de los tribunales *ad hoc* hasta aquí reseñados, cuentan con un mandato estatutario de enjuiciar a los máximos responsables. Así, no hay una vinculación necesaria entre la máxima responsabilidad y el liderazgo más alto, pues su competencia comprende tanto a los altos líderes (*senior leaders*) del partido DK

⁵⁸ TPIY, Prosecutor v. *Duško Tadić*. Trial Judgement, IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997, párr. 188, 714 y ss.

⁵⁹ TPIY, Prosecutor v. *Duško Tadić*. Appeals Judgement, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, párr. 170, 204 y ss.

⁶⁰ TPIY, Referral Bench, *Janković, Mejakić et al, Kovačević, Rasevic et al, Ljubicic, Stankovic*. TPIY, Prosecutor v. *Gojko Janković*, Referral Bench, Decision on referral of case under rule 11 bis with confidential annex, 22 de julio de 2005, párr. 19; TPIR, Prosecutor v. *Zeljko Mejakic et al*, Referral Bench, With confidential annex decision on prosecutor’s motion for referral of case pursuant to rule 11 bis, 20 de julio de 2005, párr. 21; TPIY, Prosecutor v. *Vladimir Kovačević*, Referral Bench, Decision on referral of case pursuant rule 11 bis with confidential and partly ex parte annexes, 17 de noviembre del 2006, párr. 20; TPIY, Prosecutor v. *Mitar Rasevic and Savo Todovic*, Referral Bench, Decision on referral of case under rule 11 bis with confidential annexes I and II, 8 de julio de 2005, párr. 23;

TPIY, Prosecutor v. *Pasko Ljubicic*, Referral Bench. Decision to refer the case to Bosnia and Herzegovina pursuant

⁶¹ TPIY, Prosecutor v. *Milan Lukić and Sredoje Lukić*, Appeals Chamber, Decision on Milan Lukic’s appeal regarding referral, op. cit., párr 22.

(Democratic Kampuchea) como a los máximos responsables (*most responsible*) de los crímenes cometidos en Camboya⁶².

En el caso “Duch”, el acusado fue catalogado como máximo responsable debido tanto a su posición de autoridad como Subsecretario y luego Secretario del S21, un centro de seguridad controlado por el Comité Central del DK, como por su participación en las operaciones de dicho grupo, tales como la planeación, el entrenamiento, las órdenes de ejecución y detención de más de 12 mil personas entre 1975 y 1979⁶³. El tribunal aclaró que el hecho de que otros individuos del DK hayan tenido similares atributos, como la misma posición jerárquica y hayan sido remitidos a otros tribunales, no impide que el acusado sea considerado uno de los máximos responsables⁶⁴.

En el caso Im Chaem, las Salas fueron más allá de la posición jerárquica de la acusada y evaluó su contribución en la comisión de las atrocidades (*atrocities*), pese al bajo rango que ostentaba, y la gravedad de las mismas, por lo cual las consideraciones analizadas para definir la jurisdicción personal —estableció— son similares a las consideraciones realizadas para imponer las penas⁶⁵. Con todo, In Chaem no fue juzgada como máxima responsable por el Tribunal por encontrar que su desempeño a nivel sectorial —como secretaria de distrito junto con otras 100 en el mismo cargo— no era determinante, y que la gravedad de sus acciones y sus efectos no excedían el promedio de crueldad y horror en forma significativa⁶⁶.

to rule 11 bis, 12 de abril del 2006, párr. 18; TPIY, *Prosecutor v. Radovan Stankovic*, Referral Bench, Decision on referral of case under rule 11 bis, 15 de mayo del 2005, párr. 19.

En los casos de Meas Muth y en el Ao An no hubo acuerdo entre los co-jueces investigadores nacionales e internacionales sobre su máxima responsabilidad. El co-juez investigador nacional no estimó que Muth fuera un máximo responsable por no reunir los criterios de gravedad y nivel de responsabilidad, aunque aceptó el argumento de que una persona en los rangos bajos puede ser máxima responsable dependiendo de su participación, del impacto de sus actos y de su autoridad efectiva⁶⁷. Según el juez, Muth debió seguir las políticas de los dirigentes del DK y no tuvo influencia en su construcción por pertenecer al Comité Central, por lo cual su poder era bastante restringido y su participación irrelevante⁶⁸.

⁶² *Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea*, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006), Arts. 1 and 2.

⁶³ ECCC, *Kaing Guek Eav alias “Duch”*, Trial Judgement, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 jul 2010, párr. 18 y 25.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 24.

⁶⁵ ECCC, *Im Chaem*, Closing Order (Reasons), D308/3, 10 de Julio de 2017, párr. 38.

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 316, 317, 320, 322. Aunque en términos cuantitativos el Tribunal sí establece que no existe un umbral específico que deba ser cruzado (párr. 320-322), en forma cuestionable, su argumentación parece normalizar

⁶⁷ ECCC, Order Dismissing the case against Meas Muth, D266, National Co-investigating Judge: You Bunleng, 28 de noviembre de 2018, párr. 365 y 368.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 420-428.

Tampoco consideró que Ao An fuera máximo responsable dado que su participación fue inactiva e indirecta, sin influencia en la definición de la política o la estructura de la organización y más bien ejecutándola sin ir más allá de las órdenes de su superior (Ke Pauk), quien sí ejercía el control efectivo⁶⁹. Además, en este caso el juez interpretó el espíritu de los acuerdos en términos de una competencia restringida de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya sobre los altos líderes y los máximos responsables⁷⁰. En ambas decisiones el juez tuvo como rasero el caso Duch, que sí fue considerado máximo responsable, y los criterios del TPIY⁷¹.

Por su parte, el co-juez investigador internacional consideró que tanto Muth como Ao An eran máximos responsables. Muth en razón de la combinación de su rango y nivel de autoridad en el DK, así como el carácter y la magnitud de sus crímenes⁷². Como comandante de la Marina del DK se desempeñó en los niveles más altos, fue responsable de un alto número de víctimas y del trato inhumano con los cadáveres, las purgas y los trabajos forzados, por lo cual dirigía y participaba en la implementación de las políticas criminales e inhumanas del DK⁷³. En tanto que el análisis del rango y jerarquía de Ao An, en los niveles más altos de la estructura del DK⁷⁴, junto con el carácter y magnitud de sus crímenes, en los que su rol en planeación y ejecución constituyó una contribución definitiva a las atrocidades sobre el pueblo Cham⁷⁵. Así, para el juez internacional

cualitativamente la gravedad de las atrocidades al mencionar que la crueldad y el horror eran la norma en el régimen de DK y que la acusada no había excedido dicho “promedio” (párr. 324).

en ambos casos los acusados sí reunían las mismas calidades de máximos responsables del caso Duch.

1.1.5. Tribunal Especial para Sierra Leona

El Tribunal Especial para Sierra Leona usó el liderazgo como criterio de mayor importancia toda vez que su estatuto fijó su competencia sobre las personas con más grande responsabilidad (*persons who bear the greatest responsibility*). En el caso Norman, Fofana y Kondewa (caso CDF), el Tribunal mantuvo su competencia verificando este criterio de liderazgo, toda vez que Fofana fue uno de los comandantes de la organización paramilitar CDF (*Civil Defence Forces*) y participó en la planificación y diseño de una estrategia para derrotar al RUF/AFRC (*Revolutionary Armed Front/ Armed Forces Revolutionary Council*) y tomar control sobre

⁶⁹ ECCC, Order Dismissing the case against Ao An, D359, National Co-investigating Judge: You Bunleng, 16 ago 2018, párr. 424-425, 501, 507 y 511.

⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 462, 484 y 552.

⁷¹ *Ibíd.*, párr. 543 y ss. ECCC, Order Dismissing the case against Meas Muth, D266, op. cit., párr. 373.

⁷² ECCC, Closing Order, D267, International Co-investigating Judge: Michael Bohlander, 28 de noviembre de 2018, párr. 460.

⁷³ *Ibíd.*, párr. 171, 461, 465-469.

⁷⁴ ECCC, Closing Order (Indicment), International Co-investigating Judge: Michael Bohlander, 16 de agosto de 2018, párr. 699-700.

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 708-711.

parte del territorio de Sierra Leona⁷⁶. Lo que dejó claro el Tribunal fue que el criterio de liderazgo era suficiente para seleccionar el caso y que el detalle sobre la máxima responsabilidad debía ser verificado en la etapa de juicio⁵⁷.

Durante la etapa de juicio Norman falleció antes de que se emitiera la sentencia⁷⁷. No obstante, Fofana y Kondewa fueron condenados como máximos responsables después de evaluar la gravedad de los crímenes (*gravity of the offense*), la forma y el grado de participación. Fofana fue hallado responsable por los crímenes de sus subordinados, sobre quienes ejercía control efectivo, por su escala, la brutalidad con que se ejecutaron y el impacto que tuvieron en las víctimas (mujeres y niños)⁷⁸. Igualmente graves fueron considerados los crímenes de Kondewa que involucraban reclutamiento de niños y actos humillantes y degradantes con las víctimas⁷⁹. La participación de Fofana fue evaluada como instigador (*aider and abettor*) porque no evitó las masacres, sino que las animó como líder y superior al mando, y Kondewa, además de instigador, fue condenado como superior al mando y perpetrador directo de algunos crímenes⁸⁰.

El otro caso que merece mención es el de Charles Taylor, antiguo presidente de Liberia, condenado como partícipe instigador (*aider and abettor*) y cómplice con máxima responsabilidad dada la contribución sustancial en la comisión de los crímenes del RUF/AFRC, el conocimiento que tenía

sobre las acciones de este grupo armado, su planeación (*planning*) y diseño⁸¹. En efecto, Taylor (i) habilitó la Estrategia Operacional del RUF/AFRC; (ii) apoyó, mantuvo y desarrolló la capacidad del RUF/AFRC de implementar dicha estrategia; y (iii) alentó y apoyó moralmente las operaciones militares y ataques contra civiles del RUF/AFRC, en desarrollo de la mencionada estrategia⁶³.

1.1.6. Corte Penal Internacional

La CPI ha aclarado que no se requiere tener una posición de liderazgo para ser considerado máximo responsable. Al decidir sobre la admisión de órdenes de captura en los casos Lubanga y Ntaganda dentro de la situación de la República Democrática del Congo, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que únicamente debería juzgar perpetradores con los más altos rangos. Sin embargo, la Sala de Apelaciones indicó que “ninguna categoría de perpetradores

⁷⁶ TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Decision on the preliminary defense motion of Lack of Personal Jurisdiction filed on behalf of accused Fofana, 04-14-PT, 3 de marzo de 2004, párr. 42 ⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 42.

⁷⁷ TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Prosecutor v. *Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Trial Chamber, Judgement, 04-14-T, 2 de agosto de 2007, párr. 4. La decisión de eliminar el nombre de *Norman* del fallo generó polémica y votos disidentes entre los jueces.

⁷⁸ TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Prosecutor v. *Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Trial Chamber, Judgement on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa, 04-14-T, 9 de octubre de 2007, párr. 45-49.

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 52-56.

⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 50-51 y 57-78.

⁸¹ TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, Prosecutor v. *Charles Ghankay Taylor*, Appeals Judgment, 0301-A, 26 de septiembre de 2013, párr. 540, 550 y 564. ⁶³ *Ibíd.*, párr. 512.

sea per se excluida de ser potencialmente llevada ante la Corte” y que “la imposición de estándares rígidos fundados primariamente en el rango superior puede conducir a que ni la retribución ni la prevención sean alcanzados”⁸².

Por su parte, el criterio de participación fue delimitado a partir de los modos de imputación utilizados. En el caso Katanga, el líder de más alto rango del grupo armado FRPI (*Force de résistance patriotique d'Ituri*) en la República Democrática del Congo, se utilizó un modelo de imputación de participación indirecta (*indirect commission-accessory participation*) en el ataque realizado por el FRPI a civiles en Bogoro por razón de su etnia⁸³. Los criterios tenidos en cuenta al analizar su participación fueron: (i) la pertenencia de los perpetradores a un mismo grupo con un propósito común; (ii) una contribución significativa por parte del acusado a la comisión de los crímenes y en la manera como ocurrieron⁶⁶. En particular, la contribución de Katanga consistió en el apoyo logístico militar necesario para que el FRPI asegurara su superioridad armada; (iii) que el acusado tuvo la intención de realizar dicha contribución; y (iv) que el acusado tenía conocimiento de la intención del grupo para cometer crímenes⁸⁴.

En el caso Lubanga, líder político de la Unión Patriótica Congolese y comandante de su brazo armado (FPL), se juzgó como coparticipación directa (*co-perpetrator*) bajo tres criterios⁶⁸. Primero, la existencia de un plan común, que Lubanga apoyó políticamente para atacar a población civil, estuvo activamente relacionado con su implementación y además jugó un rol directo en el reclutamiento de niños⁶⁹. Segundo, una contribución esencial para la materialización del plan común: el acusado tenía capacidad suficiente para modificar las políticas del FPL y para dirigir las actividades de los otros perpetradores, estuvo informado y emitió instrucciones para implementar dicho plan⁷⁰. Y tercero, el elemento de la intencionalidad, para lo cual se valoró que Lubanga tenía plena conciencia de los crímenes cometidos como resultado del plan común, en particular en lo referido al reclutamiento de menores de 15 años⁷¹.

Por último, en el caso Bemba, presidente del partido político Movimiento de Liberación del Congo (MCL) y comandante del grupo armado Ejército de Liberación del Congo (ALC), la CPI utilizó por primera vez el modo de imputación de responsabilidad del superior derivado

⁸² CPI, Situation in the Democratic Republic of Congo, Judgment on the Prosecutor’s Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest Article 58, ICC 01/04-169-US-Exp, 13 julio de 2006, párr. 73-75. Citado en Uprimny Yepes, Rodrigo; Sánchez Duque, Luz María; Sánchez León, Nelson Camilo. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 129.

⁸³ CPI, Prosecutor v. *Germain Katanga*, Trial Judgement, 01/01-04/07, 7 de marzo de 2014. El Tribunal se refirió, en la parte resolutive, a la participación indirecta a pesar de no haber tomado parte en las hostilidades (*not taking direct part in the hostilities*) y a participación accesoria (*accessoryship through a contribution made “in any other way to the commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose”*). ⁶⁶ *Ibid.*, párr. 1665 y 1679.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 1682 y 1689

del artículo 28 del Estatuto de Roma⁷². Vale la pena indicar que esta disposición trató de codificar los criterios de los tribunales internacionales e híbridos⁸⁵.

⁶⁸ CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgement, 01/01-04/06, 14 de marzo de 2012.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 1132.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 1270. ⁷¹ *Ibid.*, párr. 1350.

⁷² Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 1998. El Estatuto entró en vigor a partir de 2002 en la medida en que solo hasta esta fecha fue ratificado por 60 Estados y éste era el requisito de vigencia que establecía su propio artículo 126. El Artículo 28 del Estatuto de Roma establece: “Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Bemba fue considerado como máximo responsable en razón de los siguientes argumentos. Primero, porque el acusado tenía amplios poderes formales, la decisión última de autoridad, poderes de nombramiento, ascenso y despido, controlaba la financiación, emitía órdenes y tenía la facultad de establecer investigaciones (inquiries) y cortes marciales⁸⁶. Igualmente, ejercía control efectivo sobre el MLC, ordenó su despliegue, seleccionó las unidades y los comandantes que lo harían, mantuvo un contacto directo y regular con los comandantes en campo y recibía detallados reportes operacionales y de inteligencia, soporte logístico y equipamiento a las tropas⁸⁷⁸⁸⁸⁹.

Segundo, considerando que el acusado conocía los hechos, por la posición que ocupaba, la disponibilidad de canales de comunicación, el contacto regular entre Bemba y los oficiales en el campo, las fuentes generales de información sobre los crímenes como los reportes de ONGs y el conocimiento directo del acusado de las denuncias de asesinato, violación y pillaje⁷⁶. Por último, porque el acusado falló en tomar medidas y las que tomó no fueron genuinas al

⁸⁵ *Ibidem*. Para un análisis más detallado de estos criterios en los casos de jefes militares conviene consultar: Skander Galand, Alexandre; Hunter, Emilie; Ilia, Utmelidze y Bekou, Olympia (2016) *Directrices de Derecho Penal Internacional: Responsabilidad de los jefes militares*, Centre for international Law Research and Policy, 2da Ed. Disponible en:

⁸⁶ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Judgement, 01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 697.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 700.

⁸⁸

⁸⁹

reducirse a ser simples alegaciones públicas⁷⁷. Con estos argumentos fue inicialmente condenado como máximo responsable por su responsabilidad de superior.

Con todo, en una decisión controvertida Bemba fue absuelto en segunda instancia al considerar errado el razonamiento del *a quo* respecto a la evaluación de la autoridad efectiva del acusado y su participación. Los criterios analizados en la decisión de primera instancia para determinar la responsabilidad del superior no fueron cuestionados en su integridad por el *ad quem* sino solamente en su aplicación al caso concreto, por lo cual no pierden vigencia y utilidad.⁹⁰ En lo atinente a la aplicación del artículo 28 la mayoría de la Sala de Apelación sostuvo que no se aplicó correctamente el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” y en los errores de procedimiento cometidos en primera instancia.

1.1.7. Conclusión

En suma, el liderazgo y la participación en crímenes más graves y representativos han sido los criterios usados por los tribunales internacionales e híbridos, aunque con distintos énfasis dependiendo del caso. El liderazgo tanto de iure como *de facto*, tuvo un peso más importante en algunos tribunales que en otros, incluso desde la etapa de selección, y no fue restringido al liderazgo militar. En su valoración se tuvo en cuenta tanto el rango y la posición jerárquica como el ejercicio efectivo de la autoridad. La participación fue más allá de un criterio formal asentado en el rango y se extendió al análisis de las contribuciones efectivas en la comisión de los crímenes,

cobijando civiles, funcionarios públicos o mandos intermedios, por acciones u omisiones, a través de varios modos de imputación que incluyeron la complicidad o la responsabilidad de mando. Con todo, es de resaltar que ninguno de estos criterios fue suficiente por sí mismo, sino que requirió la valoración conjunta frente a los casos concretos.

En todos los casos la máxima responsabilidad ha implicado un margen de discrecionalidad razonable por parte de los jueces habida cuenta de los propósitos de la justicia transicional. Igualmente, la intensidad en la aplicación de cada uno de estos elementos ha variado dependiendo de las particularidades del caso. Esto es, mientras algunos tribunales se enfocaron en mayor medida en el criterio de liderazgo, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, otros enfatizaron en la participación pues no estimaron necesaria una posición de liderazgo para ser considerado máximo responsable, sino que evaluaron la forma y contribución efectiva en la comisión de los crímenes, tal y como lo ha sostenido la CPI.

1.1.8. Ejemplos de política investigativa

A la par de los criterios jurisprudenciales mencionados, vale la pena tener en cuenta las políticas investigativas a la hora de identificar a los máximos responsables. Las Salas Extraordinarias

⁹⁰ CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Appeals Chamber, 01/05-01/08 A, 8 de junio de 2018, párr. 189

de las Cortes de Camboya y la CPI son dos ejemplos de cómo se han incorporado los criterios jurisprudenciales en las políticas investigativas:

Las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya tomaron una decisión sobre jurisdicción personal y política investigativa de sospechosos. En dicha decisión se adoptaron los dos criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional en materia de selección de casos y sospechosos de ser máximos responsables: la gravedad de los crímenes y el nivel de responsabilidad de los acusados⁹¹. En relación con el primer criterio debe tenerse en cuenta: el número de víctimas, la extensión geográfica y temporal de los crímenes, la forma en la que fueron cometidos y el número de cada incidente⁸⁰.

En relación con el segundo criterio, se señaló que debe tenerse en cuenta la autoridad *de iure* y *de facto* del sospechoso, considerando alguno de los siguientes criterios: (a) la posición jerárquica, (b) el procedimiento de su nombramiento, (c) la permanencia en dicho cargo, (d) el número de subordinados, (e) la capacidad del sospechoso para emitir órdenes, (f) si las órdenes son seguidas por los subordinados, (g) saber que sus subordinados cometieron crímenes, incluyendo el conocimiento del número, tipo y alcance de los crímenes, el momento en el que fueron cometidos, su ubicación geográfica, así como la eventual naturaleza sistemática de los mismos, (h) la autoridad del sospechoso para negociar, firmar o implementar acuerdos, (i) la extensión temporal

del control del sospechoso, (j) control de acceso al territorio; (k) el rol real del sospechoso en la comisión de los crímenes; (l) si los rangos superiores del sospechoso ya han sido juzgados⁹².

En un sentido similar, la Oficina de la Fiscal de la CPI ha señalado que la estrategia de investigación dirigida hacia los máximos responsables se construye de manera dinámica. Desde la estrategia 2012-15, la Oficina cambió su enfoque de uno basado en concentración de la investigación respecto de una persona específica desde el inicio, a un enfoque que se construye desde abajo hacia arriba (*building upwards*) en el cual el máximo responsable se descubre en el camino. Este enfoque involucra un primer paso de investigación de un limitado número de perpetradores de mediano y alto nivel con el fin de contar con suficiente información para asegurar el enjuiciamiento de los máximos responsables⁹³. De esta manera la Oficina de la Fiscal sostiene que el máximo responsable no es identificado previo al inicio de la investigación a partir de su rango, sino que más bien es la información recolectada a partir de la investigación de rangos más bajos que permite llegar a identificar a un máximo responsable que antes no se conocía.

De igual manera la Oficina aclaró que la noción del máximo responsable no es igual necesariamente a la autoridad *de iure* que tenga un individuo dentro de una estructura jerárquica. Por el contrario, a medida que la investigación hacia arriba va avanzando, el grado de responsabilidad de cualquier perpetrador será analizada a partir de la naturaleza del acto

⁹¹ ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Decision on Personal Jurisdiction and Investigative Policy Regarding Suspect, D49, 2 de mayo de 2012, párr. 15 ⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 16.

⁹² *Ibíd.*, párr. 21.

⁹³ OTP, *Strategic Plan 2016-2018*, 16 de noviembre de 2015, párr. 35.

cometido, el grado de participación e intención, la existencia de algún motivo que involucre alguna forma de discriminación, y cualquier abuso de poder o de autoridad⁹⁴.

Estos dos ejemplos de política investigativa permiten comprender la identificación de los máximos responsables como un proceso que se va decantando a partir de la determinación de los crímenes más graves y representativos. De ese modo, como estrategia de investigación el nivel de responsabilidad se establece con posterioridad a la gravedad de los crímenes y a partir de la estructura de los mismos se puede evaluar tanto la participación como el liderazgo de los máximos responsables. Algunas de estas estrategias investigativas han sido adoptadas en otros países dentro de la dogmática de los crímenes graves y representativos como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad.⁹⁵

1.2. La cuestión de los máximos responsables en tribunales extranjeros

Otra de las preguntas de la Sección fue: “¿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?”.

Algunas legislaciones nacionales han incorporado dentro de su política criminal la persecución de crímenes atroces y criterios para identificar a los máximos responsables. En esos casos la estrategia de investigación y los modos de imputación varían según la estructura del delito, pero el liderazgo y la participación como criterios generales están plasmados en mayor o menor grado. Vale la pena ejemplificar este argumento con el caso de Ruanda.

1.2.1. El ejemplo de Ruanda

La Ley Orgánica 08/1996 de Ruanda sobre la organización del enjuiciamiento por crímenes constitutivos de genocidio o crímenes de lesa humanidad a partir del primero de octubre de 1990, estableció diferentes categorías en las que pueden clasificarse los perpetradores. La categoría 1 establece criterios que pueden asociarse razonablemente al concepto de máximo responsable: (a) personas cuyos actos criminales o cuyos actos de participación penal los sitúan dentro de los organizadores, planeadores, instigadores, supervisores y líderes del crimen de genocidio o de lesa humanidad; (b) personas que tenían posiciones de autoridad a nivel nacional, prefectoral, comunal o sectorial, o en un partido político, el ejército, organizaciones religiosas o en una milicia y que perpetraron o propiciaron dichos crímenes; (c) asesinos

⁹⁴ OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 15 de septiembre de 2016, párr. 42.

⁹⁵ En la siguiente sección se realizan algunos comentarios respecto a las estrategias de investigación y selección en Colombia.

notorios que eran conocidos en sus áreas de residencia en virtud de la sevicia o excesiva malicia con la que cometieron los crímenes; (d) personas que cometieron actos de tortura sexual⁹⁶.

1.3. La jurisprudencia internacional y la colombiana: apuntes comparativos

Y, siguiendo con la línea de cuestionamiento, también preguntó la Sección: “¿Cuáles son las similitudes, rasgos comunes o diferencias entre la noción de “máximos responsables de crímenes graves y representativos” que los tribunales penales estatutarios o híbridos, así como los sistemas judiciales de otros países, han aplicado al investigar, juzgar y sancionar conductas de su competencia respecto de su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia?”.

Una respuesta adecuada a la pregunta planteada requiere repasar primero el ordenamiento jurídico colombiano y, en vista de que ya se presentaron algunos criterios internacionales, realizar algunos comentarios comparativos. A partir de estos elementos, en la siguiente sección se presentan algunas conclusiones y recomendaciones.

1.3.1. Los máximos responsables en la jurisprudencia colombiana

De entrada es necesario considerar que en Colombia se limitó el alcance del juzgamiento y de las penas a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. En esa medida, como se anotó respecto a la mayoría de los tribunales internacionales, la JEP no se encargará de juzgar todos los responsables, sino que puede, en un primer nivel, seleccionar macro-procesos como estrategia de investigación que permitan establecer patrones criminales y presuntos responsables⁹⁷. Y, en un segundo nivel, identificar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos dentro de dichos casos, es decir, la judicialización propiamente dicha. Esta judicialización implica que no se podrá renunciar a la persecución penal de los máximos responsables sino que estos deben ser sancionados, sea mediante sanciones ordinarias, alternativas o propias de la JEP. Todo lo anterior orientado por la finalidad misma del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) y su énfasis en la justicia restaurativa.

En esa dirección y considerando el segundo nivel mencionado, la Corte Constitucional expuso una visión amplia de la noción de máximo responsable que debería tener en cuenta los criterios desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Aclaró que “el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido

⁹⁶ Organic Law No. 08/1996 of 1996 on the Organization of Prosecutions for Offenses constituting the Crime of Genocide or Crimes Against Humanity committed since 1 October 1990, article 2.

⁹⁷ Respecto al nivel de selección de casos la Corte indicó que: “El sistema planteado por el Acto Legislativo no consiste en la simple reunión de casos, sino que implica la construcción de macroprocesos en torno a una serie de elementos comunes determinados por factores relacionados con la gravedad y la representatividad tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible”. Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fundamento jurídico 8.2.6.

incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada, para lo cual se han utilizado diversos criterios”⁹⁸. Señaló que la máxima responsabilidad depende tanto de la jerarquía dentro del grupo, como del rol en la comisión de la conducta. Según la Corte: “el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior *Command responsibility* o el dominio de aparato organizado de poder *Organisationsherrschaft*”⁹⁹.

De esta manera, el máximo responsable es aquella persona con “un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito”, quien pudo haber “dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”¹⁰⁰.

Dicho en otros términos, esta definición incorpora por un lado, a los partícipes cuya contribución fue decisiva en la comisión del delito independientemente del modo de imputación que se use para identificarlos: la coautoría o las distintas formas de participación pueden ser calificaciones adecuadas dependiendo de la contribución al delito y la estructura del mismo. Por otro lado, además de dicha participación, los máximos responsables también pueden estar determinados por su liderazgo y no solo por el liderazgo militar, aquí también son posibles distintos modos de imputación como la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o la responsabilidad del superior jerárquico, entre otros. Es decir, como criterio ascendente la máxima responsabilidad se puede identificar tanto por existir una contribución definitiva como por el liderazgo del individuo en el plan criminal.

Adicionalmente, dentro de las distintas formas de imputación la Corte resaltó la robusta dogmática penal colombiana para endilgar responsabilidades y diferenció la categoría de máximo responsable del modo de imputación por responsabilidad de mando. En efecto, para la Corte, “la figura de la responsabilidad de mando no apunta necesariamente a los máximos responsables de los delitos más graves y representativos”¹⁰¹. De modo que el liderazgo que

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Fundamento jurídico 8.2.3.

(viii).

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Fundamento jurídico 8.2.3.

(viii).

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Fundamento jurídico 8.2.3.

(viii).

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C 674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Fundamento jurídico 5.5.1.12. ⁹¹ La CSJ señaló que: “(i) el Patrón de Macrocriminalidad es un método investigativo; (ii) se empieza a construir desde las versiones libres; (iii) su elaboración para ser presentado ante la judicatura, es función exclusiva de la Fiscalía; (iv) una vez expuesto, puede ser objeto de discusión en las audiencias atendiendo los aportes de las partes e intervinientes; (v) su reconocimiento es una atribución legal del fallador que lo incorpora en la sentencia”. CSJ Penal, Rad. 49.170, SP374/18, M. P. Patricia Salazar Cuellar, 21 de febrero de 2018,

califica para identificar la máxima responsabilidad no se reduce al ámbito militar, sino que abarca otros tipos de liderazgo.

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) tiene una prolífica jurisprudencia respecto a las estrategias de investigación de la macro-criminalidad, especialmente respecto a grupos armados irregulares, y sobre los modos de imputación que pueden usarse para efectos de la judicialización. Algunos de estos elementos son adecuados para aplicar razonablemente a la identificación de los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.

Por ejemplo, en términos de las estrategias de investigación y en razón de las directrices establecidas en la Ley 1592 de 2012 y el Decreto Reglamentario 3011 de 2013 respecto a los procesos de Justicia y Paz, la CSJ juzgó oportuno referirse a los patrones de macro-criminalidad como método de investigación en cabeza de la Fiscalía⁹¹. Además de considerar legítimo el uso por parte del ente acusador, resaltó el margen de discrecionalidad del juez a la hora de incorporar dichos elementos dentro de la sentencia.

Por su parte, los modos de imputación se han valido de varias doctrinas o teorías que podrían ser razonablemente usadas para identificar a los máximos responsables. En efecto, la CSJ ha usado en numerosos casos la doctrina de la autoría mediata en aparatos organizados de poder infiriéndola de los artículos 29 y 30 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000). Esta doctrina se usó, por ejemplo, para procesar a los aforados constitucionales vinculados con grupos paramilitares (parapolítica), y permitió caracterizar a los grupos paramilitares⁹². Igualmente, la CSJ indicó que el artículo 28 del Estatuto de Roma es aplicable en el ordenamiento interno en relación con la responsabilidad del superior por omisión, y que esta disposición es compatible con otros modos de imputación de la responsabilidad criminal por hechos ejecutados por una persona que no opera como instrumento. Esto es, “situaciones en las cuales un sujeto no ejecuta el delito parcialmente en su integridad, ni personalmente ni por medio de un instrumento, a pesar de lo cual la ley, por razones de política criminal, lo equipara al autor y le imparte idéntico tratamiento punitivo”.¹⁰²

Estos desarrollos teóricos que para la CSJ se enmarcan dentro de la modalidad de la autoría, son la posición de garante derivada del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, que requiere que el individuo tenga la capacidad material de evitar el daño⁹⁴, la responsabilidad por cadena de mando o autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad, en la cual el perpetrador material del delito no es un simple instrumento sino un autor del ilícito¹⁰³, el actuar por otro o en

Asunto: Manuel de Jesús Pirabán y otros; CSJ Penal, Rad. 44921, SP19797/17, M.P. José Francisco Acuña Viscaya, 23 de noviembre de 2017, Asunto: Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros.

¹⁰² CSJ Penal, Rad. 50236, SP5333/18, M.P. Eugenio Fernández Carlier, 5 de diciembre de 2018, Asunto: Rodrigo Alberto Zapata Sierra y otros, fundamento jurídico 2.2.3. ⁹⁴ *Ibid.*, fundamento jurídico 2.3.2.1.

¹⁰³ *Ibid.*, Según la CSJ: “Esta forma de participación criminal se diferencia de la autoría mediata por coacción o instrumento porque, en este caso, el perpetrador material del delito no es un objeto, entendido como una persona

⁹² Para ese entonces la CSJ sostuvo: “En la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos: 1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos; 2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y, 3). Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales”. CSJ Penal, Rad. 27032, Mar. 18/10. Condenado Álvaro Araújo Castro. Dogmática reiterada en CSJ Penal, Rad. 26585, Ago. 17/10 Condenado: Humberto de Jesús Builes Correa; CSJ Penal, Rad. 28835, Sep. 15/10 Condenado: Miguel Ángel Rangel Sosa y CSJ Penal, Rad. 43653, Sep. 27/10. Condenado: Rubén Darío Quintero Villada.
representación de hecho o de derecho⁹⁶, y responsabilidad del superior por omisión glosando el artículo 28 del Estatuto de Roma¹⁰⁴.

El Tribunal Superior de Bogotá en su Sala de Justicia y Paz sostuvo que dentro de los criterios para identificar a los máximos responsables están:“(i) la existencia de una estructura jerárquica; (ii) que [dicha estructura] fue instrumental para la realización del delito en relación con sus políticas u órdenes; y (iii) [en la] que el líder o líderes en cuestión tenían un control efectivo o una influencia sobre la estructura en el período de tiempo y el área territorial en la que ocurrieron los hechos”⁹⁸. Adicionalmente, con independencia de la posición jerárquica del acusado, se trata de máximos responsables cuando, “se demuestra que efectivamente llevaron a un segmento importante de los autores directos o mediatos a la realización del hecho punible”¹⁰⁵. Es decir, un máximo responsable podría ser tanto una persona con liderazgo dentro de la estructura jerárquica de la organización criminal, como aquella que, sin tener ese rol, influyó el accionar de los actores directos de la conducta.

1.3.2. Criterios de política investigativa en Colombia

La Fiscalía General de la Nación ha adoptado algunas directivas de priorización con criterios que permiten identificar máximos responsables. Dentro de estos vale la pena resaltar los

que obra bajo coacción insuperable o que no comprende su comportamiento, sino que se trata, por el contrario, de un individuo que actúa libre e e inteligentemente, de modo que también él incurre en responsabilidad penal como autor material del ilícito”. Los elementos de esta forma de participación según la CSJ son: i) La existencia de una organización jerarquizada. ii) La posición de mando o jerarquía que ostenta el agente al interior de aquella. iii) La comisión de un delito perpetrado materialmente por integrantes de la misma, cuya ejecución es ordenada desde la comandancia y desciende a través de la cadena de mando, o hace parte del ideario delictivo de la estructura. iv) Que el agente conozca la orden impartida o la política criminal en cuyo marco se produce el delito, y quiera su realización.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, fundamento jurídico 2.2.3.5., en el siguiente fundamento (2.2.3.6.) la CSJ explica la aplicabilidad del artículo 28 del Estatuto de Roma al ordenamiento interno, y en sustento se apoya en la sentencia C-578/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual revisó la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 (que incorporó el Estatuto de Roma). ⁹⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Caso Ramón María Isaza Arango y otros. Radicado 11-00160-00253-2007 82855, párr. 978.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 828; Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Caso José Baldomero Linares Moreno y otros. Radicado 11-001-60-00 253-2006 80531, 6 de diciembre del 2013, par. 1305.

criterios subjetivos, referidos a las personas o grupos (victimarios que cometieron los crímenes y a quienes fueron afectados por estos (víctimas). En relación con los victimarios enfatiza: “la determinación de los máximos responsables y sus colaboradores, para efectos de priorizar el procesamiento de ciertas personas y lograr el desmantelamiento de estructuras criminales”.¹⁰⁶ Y define a los máximos responsables de la siguiente manera: “el concepto de máximos responsables tiene dos sentidos que deben ser entendidos y aplicados de manera articulada. En primer lugar, se refiere a la persona que, dentro de la estructura de mando y control de la estructura delictiva, sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos, estando también en la posibilidad de evitarlos; y en segundo lugar, de manera

Nótese que en este escenario, aunque el individuo tampoco obra como autor, se le equipara jurídicamente a este y se le responsabiliza como si lo fuera. (fundamento jurídico 2.2.3.2.) ⁹⁶ *Ibíd.*, fundamento jurídico 2.2.3.3.

excepcional, se trata de aquellas personas que, independientemente de la posición que ocupaban en la estructura delictiva han cometido o tienen responsabilidad directa en la comisión de delitos particularmente graves. Se aclara que la definición de máximo responsable no obsta para que en las investigaciones de situaciones y casos se decida optar por focalizar la persecución penal en personas que, aunque no encuadran en la categoría dada, cumplen funciones dentro de la estructura criminal que los hacen objetivos clave para el desmantelamiento de estas”¹⁰¹.

Posteriormente, aunque los dirigentes no son los únicos que califican como máximos responsables, al referirse a la imputación de dirigentes de grupos armados insurgentes, la Fiscalía adoptó el sistema de “doble imputación”. En este la responsabilidad penal individual se establece luego de considerar, mediante el análisis de contexto, el aporte individual de cada sujeto y el actuar del colectivo (el hecho total). De ahí se puede extraer que para identificar a un dirigente con máxima responsabilidad no basta con determinar su pertenencia a la organización criminal, es necesario también establecer: (i) el ámbito de competencia o responsabilidad del dirigente dentro de la organización, y (ii) la relación funcional entre la conducta individual y el hecho total (el aporte o contribución)¹⁰⁷. Este sistema de doble imputación busca determinar la participación en todo un programa delictivo por parte de los máximos responsables¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Fiscalía General de la Nación. Directiva 002 de 2015, *Por medio de la cual se amplía y modifica la Directiva 01 de 2012, se desarrolla el alcance de los criterios de priorización de situaciones y casos y se establecen lineamientos para la planificación estratégica de la carga de trabajo y de la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación*, Sección V.2. (Criterios subjetivos).

¹⁰⁷ Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 de 2016, *Por medio de la cual se adoptan los fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano*, Sección 3: *Método de doble imputación*.

¹⁰⁸ En términos de la imputación, la Directiva revisó la teoría del dominio del hecho mediante el aparato organizado de poder, para indicar por un lado, que quien ejecuta la conducta individual, aunque no defina la política general de la organización criminal, también puede ser considerado responsable y no solo instrumento del “autor mediato” (quien vendría a ser el máximo responsable); y por otro lado, que “el autor de atrás” tiene una posición de garante y este sentido normativo debe ser tenido en cuenta para efectos de la imputación colectiva, no solamente su posibilidad de dirigir en sentido fáctico la ejecución de la conducta. *Ibíd.*, Sección II. A. 2 *Abandono del modelo clásico de imputación conforme al criterio del dominio del hecho*.

La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) de la JEP adoptó algunos criterios de política que guían el proceso de priorización, aunque este solo estos solo buscan gestionar la carga de trabajo de las investigaciones, constituyen el primer paso para la posterior estrategia de selección de los máximos responsables. Dentro de dichos criterios se incluye un criterio subjetivo relacionado con los victimarios del siguiente tenor: “La representatividad de los presuntos responsables. La participación determinante de los presuntos responsables en los

¹⁰¹ *Ibíd.*, Notal al pie no. 30. Esta nota amplía la definición que tenía la Fiscalía en la directiva anterior: “El concepto de máximo responsable se aplica respecto a dos categorías diferentes, a saber: (i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva”. Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de 2012, *Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación*”. Sección II. Conceptos y fines.

patrones de macro-criminalidad, planes y o políticas, asociados a los casos y situaciones de competencia de la SRVR. Esta participación representativa no se determina por la pertenencia a la cúpula de una estructura armada, ni por pertenecer a la misma, sino que se deriva de un examen de la comisión de los hechos mismos”¹⁰⁹.

Y como elementos objetivos que permiten medir este criterio señaló: “— Participación determinante en la comisión de los crímenes de personas con altos rangos dentro de la organización u institución. — Partícipes que, independientemente de la posición o participación en la estructura, tienen responsabilidad directa y determinante en la comisión de delitos particularmente graves. — Número de presuntos responsables involucrados en la comisión de los crímenes asociados con patrones o políticas”¹⁰⁵.

Es claro que aunque los criterios de priorización y selección tanto de la Fiscalía como de la JEP tienen algunas similitudes en términos de la participación decisiva y eficaz en la comisión de los delitos como criterio para identificar a los máximos responsables, el objetivo de la Fiscalía se circunscribe a las estructuras delictivas y dentro de ellas a las insurgentes, en tanto que la JEP tiene un rango más amplio de sujetos que pueden ser considerados máximos responsables en razón de los crímenes más graves y representativos.

1.3.3. Acercamiento comparativo

El liderazgo y la participación como criterios para identificar a los máximos responsables definidos en forma abstracta, tanto a escala internacional como en el escenario colombiano, presentan algunas similitudes y diferencias que conviene resaltar. La comparación es limitada en la medida en que el sistema de justicia transicional colombiano es *sui generis* en relación con otras experiencias. En efecto, hay varios argumentos que restringen el ámbito de la comparación.

¹⁰⁹ JEP, *Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones*, 28 de junio de 2018, lineamiento 36a. ¹⁰⁵ *Ibíd.*

Primero, las razones para usar la justicia transicional y para perseguir a los máximos responsables varían de caso a caso, por ejemplo, algunos tribunales internacionales fueron establecidos por mandato del Consejo de Seguridad de la ONU, como el TPIY y el TPIR, y en los casos mencionados no hubo una voluntad soberana nacional de iniciar un proceso de paz como sucedió en Colombia. Segundo, en el contexto colombiano el concepto del máximo responsable tiene que entenderse dentro de la lógica del SIVJNR para identificar, dentro de los casos priorizados y seleccionados, a las personas con la responsabilidad más alta para los crímenes no amnistiados. Para ello, Colombia incorporó múltiples elementos, como la posibilidad de amnistías o medidas de justicia restaurativa tales como las sanciones propias, que no están presentes como medidas de justicia en las experiencias internacionales. Por ejemplo, la fuerza incorporada en conocer la

verdad en el caso colombiano es uno de aquellos elementos distintivo que irradia todo el SIVJNR.

Tercero, porque el uso de los criterios para identificar a los máximos responsables no se puede hacer dejando de lado el contexto de aplicación, tal y como sería el largo conflicto armado interno colombiano. El contexto es importante porque permite establecer e interpretar la estructura de los crímenes de forma particular y la teleología en que se basaron, entre otros factores que el análisis abstracto de criterios jurídicos puede perder de vista. De ahí que sea comprensible que la intensidad con que se aplicaron dichos criterios haya variado según el margen de discrecionalidad de los jueces y el propio contexto en el que se cometieron los delitos.

Estas diferencias a la hora de comparar, sin embargo, evidencian la necesidad de que exista un margen de discrecionalidad judicial, tanto en la definición de los criterios como en el peso que se le otorga a cada uno, para identificar a los máximos responsables según los delitos cometidos y el contexto en el que se perpetraron. Por lo anterior, dados los límites de la comparación, a continuación se resaltan algunos rasgos generales que pueden permitir, a título ilustrativo, orientar el uso de la noción de máximos responsables de cara a casos concretos mediante la valoración conjunta de todos los criterios. Estos elementos se retoman con más detalle en la siguiente sección a modo de conclusiones y recomendaciones más específicas.

El liderazgo ha recibido una atención similar en el ámbito internacional y en el nacional en términos de una conceptualización más allá de las rígidas estructuras jerárquicas militares. Aún cuando se evalúa dicho criterio dentro de las organizaciones o estructuras, el liderazgo puede ser ejercido por mandos intermedios. De esta manera, el examen de las relaciones de poder y subordinación, mediante teorías y modos de imputación como la del aparato organizado de poder o el sistema de doble imputación, ha permitido que el criterio de liderazgo incluya máximos responsables cuyo reconocimiento como líderes se da en otros escenarios sociales y políticos, pero que pueden tener mayor influencia, responsabilidad y control en la comisión de los crímenes (ej. Funcionarios públicos, civiles: periodistas, empresarios, etc.). Pese a que en los dos ámbitos se reconoce que la noción de máximo responsable no es equivalente a la de aquellos individuos que hacen parte de las cúpulas de las estructuras jerárquicas regulares o irregulares, en ambos hay una prolífica dogmática sobre la autoría de estos individuos. No

obstante, la noción de máximos responsables es más amplia de lo que supone este énfasis en la doctrina y la jurisprudencia.

Del lado del criterio de participación en los dos ámbitos se evalúa el aporte efectivo, activo, decisivo o eficaz en la comisión de los delitos. Este criterio ha ganado más terreno y ha implicado el uso de otros modos de imputación distintos a la autoría en el ámbito internacional, a diferencia del ámbito nacional en el que la tendencia es privilegiar la imputación por autoría a través de teorías o doctrinas que permitan encajar en dicha modalidad a los máximos responsables. En ambos ámbitos, sin embargo, es reconocido que el máximo responsable no necesariamente debe pertenecer a la organización siempre que su contribución y colaboración resulte significativa para la ejecución de los crímenes. En esa medida los tribunales internacionales han juzgado a mandos intermedios y a civiles en razón de su participación indirecta pero decisiva en los crímenes.¹¹⁰

Vale la pena enfatizar en que los criterios desarrollados en el ámbito internacional deben ser ajustados considerando el contexto colombiano y la finalidad de la JEP. A continuación, se ofrecen algunas recomendaciones que sintetizan este propósito.

1.4. Conclusiones y recomendaciones

La descripción realizada demuestra que no hay una fórmula unificada, clara y cerrada sobre la manera de identificar, juzgar y sancionar a los máximos responsables. Existen, no obstante, algunos criterios generales aplicados en distintas experiencias de justicia transicional que es necesario considerar. Sobre todo, es deseable que la política judicial sobre los máximos responsables en el marco de la JEP cuente con criterios unificados, en el sentido de que se definan por toda la jurisdicción o se apliquen uniformemente por todas sus salas y secciones, que bien podrían apoyarse en las experiencias internacionales.

Por lo anterior, como se anunció en la introducción, en esta sección no se realiza una propuesta detallada que pueda ser utilizada en todos los casos que conozca la JEP. En su lugar, se identificarán algunos lineamientos a partir de los criterios analizados tanto en el derecho penal internacional como en el ordenamiento jurídico colombiano. Estos lineamientos deben ser vistos como herramientas conceptuales que, en cualquier caso, deberán ser valoradas por los operadores jurídicos en uso de su margen de discrecionalidad, según el contexto y las particularidades de la JEP y de cada caso en concreto.

- 1. La JEP cuenta con un amplio grado de discrecionalidad al momento de definir quiénes fueron máximos responsables en un caso determinado.** Ni el derecho nacional ni el derecho internacional ofrecen y tampoco requieren una delimitación clara y unificada de la categoría de máximo responsable, por el contrario, cada tribunal decide a qué criterio darle más peso en sus decisiones de selección y

¹¹⁰ Aunque la JEP y la Fiscalía tienen propósitos distintos pero concurrentes, cabe señalar que la Fiscalía colombiana, sin embargo, sigue considerando este escenario como “excepcional” y supeditado a que la participación sea directa o que la persecución permita dismantelar las organizaciones criminales.

juzgamiento sin que haya una definición estándar. En ese sentido, es deseable que la JEP se oriente hacia el examen de estos criterios a la luz del contexto colombiano para aplicarlos según sus particularidades, sin perder de vista que la noción de máximo responsable de los crímenes más graves y representativos es un mandato que orienta la finalidad misma no solo de la JEP sino de todo el SIVJRNR.

-
2. **Los criterios de liderazgo y participación deben usarse con intensidad variable en relación con la naturaleza del hecho, los delitos o patrones criminales, para identificar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos.** El proceso de identificación de máximos responsables es también una forma de entender los hechos de competencia de la JEP, en la medida en que la calidad de máximo responsable depende en buena medida de la naturaleza de las conductas. Así, el máximo responsable en casos de ejecuciones extrajudiciales tendrá características diferentes al máximo responsable en casos de violencia sexual. Por ejemplo, mientras en un caso puede ser más intenso el análisis del criterio de liderazgo en razón de la naturaleza del delito, en el otro la participación determinante puede ser objeto de un análisis más intenso dado que la estructura del delito puede requerir una participación más decisiva y eficaz para su ejecución. Esto es importante advertirlo debido a que no se puede entender que las decisiones de selección que tome la SRVR sobre un caso se conviertan en precedente judicial que deba ser utilizado en otro caso. Por el contrario, las decisiones de selección son decisiones de estrategia de investigación, la cual es variable de una situación a otra. En todo caso, la Sala y la JEP deben asegurar que dicha estrategia de selección sea coherente y clara.
 3. **Es deseable que la JEP use el criterio de liderazgo en términos de poder, posición o jerarquía en la organización criminal, toda vez que:**
 - 3.1. **Un máximo responsable puede ser, pero no en todos los casos es, una persona con una posición de poder o jerarquía dentro de la estructura criminal.** Conforme a lo establecido por la jurisprudencia nacional e internacional, el primer criterio para identificar quién es un máximo responsable, es que puede tratarse de una persona con un rol relevante dentro de la estructura de la organización criminal, de modo que ese rol le haya permitido ejercer autoridad, dirigir, tener control, influenciar o financiar la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, de las sentencias y documentos reseñados también se desprende que no solamente las personas que tuvieron una posición de jerarquía respecto de la comisión de dichas conductas pueden ser consideradas como máximos responsables.
 - 3.2. **Un perpetrador con una posición de liderazgo puede ser seleccionado como máximo responsable.** A pesar de que los tribunales penales

internacionales se caracterizan por juzgar a perpetradores con roles de liderazgo político, militar o social, la JEP puede seleccionar a perpetradores de bajo rango siempre que hayan participado de manera determinante. Esto significa que la JEP debe evaluar con mayor detalle si en el delito, el patrón macro-criminal o el hecho total, la participación fue decisiva o eficaz para la comisión o ejecución, es decir,

si hubo también participación determinante pese a que no existía una posición de alta jerarquía. Este análisis debe hacerse por parte de la JEP en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del delito (p. ej. delitos de violencia sexual),

3.3. La posición o rango no se reduce a jerarquías de tipo militar. Los terceros civiles pueden ejercer un poder social semejante al liderazgo.

La JEP debe analizar este criterio a partir de la estructura armada respectiva, incluyendo no solo la del Ejército Nacional sino también la de grupos guerrilleros y eventualmente paramilitares. Además, la JEP también puede valorar posiciones de liderazgo no relacionadas con estructuras armadas, como lo son el liderazgo político y el liderazgo por estar en una posición de poder social o económico. Por ejemplo, puede suceder que un tercero civil en su calidad de actor económico formara “parte de la estructura de poder del grupo que cometió los crímenes y, por ende, tuvo una alta influencia sobre el actuar del grupo”¹¹¹. Al respecto, son ilustradores los casos ante el TPIR que involucran terceros civiles que aprovecharon posiciones de poder o de liderazgo social y económico para cometer o colaborar en crímenes de lesa humanidad.

La JEP debe asegurar que el estudio del criterio de posición o rango se adecúe a las características particulares del conflicto armado colombiano, en particular respecto a los terceros civiles. La ausencia de mando militar no significa que no haya posición de liderazgo, por lo que es deseable que los operadores judiciales tengan en cuenta elementos de influencia política, social y económica al evaluar si un tercero civil puede o no ser considerado máximo responsable en cada caso.

- 4. Todos los partícipes determinantes pueden ser máximos responsables.** La ley Estatutaria de la JEP contempla una estrategia de selección basada en la participación determinante, de manera que toda persona que tuviera una participación determinante en los hechos más graves y representativos debe ser seleccionada para investigación (Art. 19 Ley 1957/19). Esto significa que la participación de los máximos responsables puede fungir como un criterio independiente y de mayor peso para identificar por sí mismo a los máximos responsables, quienes deben ser juzgados según su contribución significativa a la

¹¹¹ Michalowski *et al.* (2018). *Entre Coacción y Colaboración*. Pág. 255-256

comisión de los crímenes. En este sentido restringido los partícipes determinantes y los máximos responsables son sinónimos, pero es deseable que la JEP evalúe todos los criterios en conjunto.

4.1. La identificación de los máximos responsables requiere analizar el criterio de participación en los hechos o conductas que, en el caso de la JEP, debe

ser en todo caso determinante. Si bien el estudio de la participación en los tribunales penales internacionales se realiza a mayor profundidad en las sentencias de responsabilidad y no en las decisiones de selección, el ordenamiento jurídico colombiano exige que en las decisiones de selección de la JEP se identifique que la persona participó de manera determinante en la comisión de los hechos y conductas. Por lo tanto, en decisiones como la resolución de conclusiones es importante que se incluya un análisis detallado del criterio de participación determinante para la selección de los máximos responsables.

4.2. Para identificar a un máximo responsable no basta con determinar su pertenencia a la organización criminal. Una persona pudo haber tenido una participación determinante sin necesariamente haber hecho parte del grupo armado. Debe tenerse en cuenta que la participación determinante se refiere a aquella contribución o aporte, que puede darse por acción o por omisión, que resulta decisiva o eficaz para la ejecución del delito o del patrón criminal. Por lo tanto, la simple pertenencia a la organización es insuficiente para identificar a un máximo responsable.

4.3. Es deseable que la JEP defina progresivamente los modos de imputación que pueden ser aplicados en función de la participación determinante de los máximos responsables. Esto debido a que ni los tribunales internacionales ni el ordenamiento interno ofrecen una definición estándar de participación determinante y que esta puede variar en intensidad según la estructura del delito o del patrón criminal. Esta definición debería proyectarse en algunos de sus elementos como teoría del caso en el curso de las investigaciones para efectos de la posterior calificación jurídica. Esta elaboración progresiva debería ir más allá del modo de imputación por autoría, que ha tenido un marcado énfasis en la jurisprudencia de la CSJ tal y como se observó, para adaptar algunos modos usados por los tribunales internacionales.

4.4. Al analizar el criterio de participación determinante para la selección de máximos responsables, los operadores judiciales deben tener en cuenta que la participación de los terceros civiles es distinta a la de los miembros de los grupos armados y de la fuerza pública. Para ello es importante que la JEP admita la posibilidad de que formas de participación indirecta puedan ser entendidas como determinantes y por tanto permitan la selección de

máximos responsables. En efecto, a pesar de que la participación sea indirecta puede ser determinante para la comisión de algunos delitos o el establecimiento de patrones criminales. Por eso es importante que se tengan en cuenta modos de imputación apropiados para los terceros civiles como la complicidad, que distan de los que pueden ser utilizados por miembros de una estructura militar.

4.5. Magnitud del aporte. Otro elemento para identificar a un máximo responsable está relacionado con la magnitud de su aporte. Así, por ejemplo, en un caso en el que se hayan identificado múltiples perpetradores con posición y participación similares, es posible recurrir a este criterio para identificar quién es seleccionado. Este criterio puede medirse a partir de elementos como la escala (número de víctimas), la representatividad (territorialidad), el modo en que se cometieron los hechos (grado de crueldad), entre otros.

Este elemento es especialmente relevante tratándose de terceros civiles. Así, “[p]ara determinar el efecto sustancial en la comisión de crímenes específicos, por ejemplo, en el caso de proporcionar aporte logístico para el desplazamiento forzado de determinadas comunidades, se puede pensar en criterios como el número de crímenes así facilitados, el número de víctimas afectadas, la vulnerabilidad especial de las víctimas, pero siempre combinado con un análisis de la intensidad del apoyo brindado al grupo armado. Esto porque la culpabilidad del actor económico se define primeramente por esto último”.¹¹²

2. LA CUESTIÓN DEL ESTATUS DE LAS FUERZAS DE POLICÍA EN CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER NO INTERNACIONAL

La cuestión relacionada con el rol de las fuerzas de policía en los conflictos armados no internacionales se puede resumir en el siguiente problema jurídico: ¿Pueden los miembros de la

Policía Nacional ser considerados “combatientes”¹¹³ y, por lo tanto, objetivos legítimos de un ataque en el marco del DIH? La respuesta sería la siguiente: Existe una presunción general de que los miembros de la Policía Nacional son considerados civiles desde la perspectiva del DIH

¹¹² Michalowski *et al.* (2018). *Entre Coacción y Colaboración*. Pág. 255-256

¹¹³ El término “combatiente” es utilizado en disposiciones relativas a conflictos armados internacionales (CAI) y no está mencionado ni en el artículo común 3 ni en el Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra.

Por lo tanto, el estatus de combatiente, en estricto sentido, no existe en los conflictos armados no internacionales (CANI). En vez de ello, el Protocolo Adicional II se refiere a conflictos entre las “fuerzas armadas” del Estado y “grupos armados disidentes u otros grupos armados organizados”. No obstante, es necesario diferenciar entre las personas que pueden ser objetivos legítimos de un ataque las que no, pues el principio de distinción aplica tanto en CAI como en CANI (ver DIH Consuetudinario, Regla 1). Siendo así, para los efectos de este documento, utilizaremos el término

“combatiente” para referirnos a individuos que pueden ser objetivos legítimos de un ataque desde la perspectiva del marco normativo de DIH aplicable a los CANI.

y, por lo tanto, no pueden ser considerados objetivos legítimos de un ataque. No obstante, cuando miembros de la Policía Nacional participan directamente en las hostilidades o son miembros de grupos específicos dentro de la Policía Nacional que han sido incorporados formalmente

informalmente dentro de las Fuerzas Armadas, dichos miembros sí pueden ser considerados como combatientes y, por lo tanto, objetivo legítimo de un ataque.

Presentaremos la sustentación de esta respuesta en cuatro secciones. Primero explicaremos la presunción general de que los miembros de la Policía Nacional son considerados civiles y, por lo tanto, no pueden ser objetivos legítimos de un ataque (subsección 2.1). Luego presentaremos las dos excepciones a esa presunción general. Por un lado, un miembro de la Policía Nacional puede ser el objetivo legítimo de un ataque cuando es miembro de un grupo específico o unidad que ha sido incorporada informalmente a las fuerzas armadas del Estado colombiano. Así, dicho miembro podría ser objetivo legítimo durante el tiempo en que pertenezca a ese grupo específico o unidad (subsección 2.2). Por el otro, un miembro de la Policía Nacional puede ser objetivo legítimo de un ataque desde una perspectiva *ad hoc*, durante y sólo por el tiempo en que participe directamente en las hostilidades. Esta excepción aplica sólo para participación espontánea y, por lo tanto, la persona sólo pierde la protección que le garantiza ser considerada civil durante el tiempo en que participa directamente en las hostilidades, una vez deje de hacerlo recuperaría su protección (subsección 2.3). Finalmente, presentaremos los elementos contextuales que permitirían interpretar el estatus de las fuerzas de policía en el contexto colombiano. Para ello, presentaremos las transformaciones orgánicas de la policía en la historia del conflicto armado en Colombia, presentaremos la jurisprudencia constitucional relevante en la materia y culminaremos presentando algunos ejemplos prácticos que permitirían orientar la aplicación de las reglas expuestas (subsección 2.4).

2.1. Por regla general, los miembros de la Policía Nacional son considerados civiles

Existen antecedentes en el DIH en virtud de los cuales los organismos de mantenimiento del orden interno, en principio, tienen naturaleza civil. En efecto, la Sala de Primera Instancia del Tribunal

Especial para Sierra Leona ha manifestado: “Las agencias de mantenimiento del orden del Estado tienen como mandato general sólo proteger y mantener el orden interno del Estado. Así, como regla general y en ejecución de sus deberes típicos, esas fuerzas son consideradas civiles para los propósitos del DIH (...)”¹¹⁴.

No obstante, esta presunción no es absoluta y menos en contextos como el colombiano¹¹⁵ en el cual el estatus de la policía debe ser analizado con fundamento en las labores que efectivamente

¹¹⁴ Tribunal Especial para Sierra Leona. Sala de Primera Instancia. *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgment, paras. 87-88 (traducción propia).

¹¹⁵ Es importante señalar que en las decisiones del Tribunal de Sierra Leona sobre la policía se tuvo en cuenta que esta hacía parte del Ministerio de Asuntos Interiores, situación que no aplica en el caso colombiano e incluso, estando al interior de aquel Ministerio, como se señalará más adelante, la policía puede integrarse de facto a las fuerzas armadas, al respecto ver. Tribunal Especial para Sierra Leona. *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*. Trial Chamber.

ha desempeñado en el marco del conflicto armado interno. Así, en sentencia T-280A de 2016, la

Corte Constitucional colombiana manifestó: “El hecho de que sea una organización de naturaleza civil [la Policía Nacional] significa que, en principio, no está diseñada para combatir la guerra sino para mantener la paz y armonía entre los civiles. Sin embargo, en la actual coyuntura colombiana esta distinción con las Fuerzas Militares, en la práctica, no siempre obedece a la realidad de los hechos. Por tanto, esta Corte ha reconocido que el cuerpo de policía se encuentra en una “zona gris” pues en muchas ocasiones debe defender a la población civil en escenarios de guerra”¹¹⁶.

Asimismo, en su reporte de 1999 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tomó una posición similar a la decisión de 2016 de la Corte Constitucional y manifestó que los miembros de la Policía Nacional pueden perder la protección que les otorga su estatus civil cuando están involucrados en las hostilidades. De acuerdo con el reporte: “(...) Colombia no ha incorporado formalmente la Policía Nacional a sus Fuerzas Militares. Sin embargo, la Comisión ha verificado que miembros de la policía han participado con frecuencia, ya sea autónomamente o con las Fuerzas Militares, en operaciones militares contra grupos armados disidentes y en otras actividades contrainsurgentes. Al participar directamente en las hostilidades, estas personas, como mínimo, pierden su inmunidad y por tanto pueden ser sujetos de ataque directo durante el tiempo que participen en las operaciones militares. La situación puede ser diferente en el caso de aquellos policías que suman el papel de combatientes de tiempo completo. En virtud del número y frecuencia de sus actos hostiles, estas personas, en el mejor de los casos, perjudican, y en el peor, pierden su estatus de civiles y corren el riesgo cierto de ser consideradas personas combatientes de tiempo completo por la parte adversaria”¹¹⁷.

Ahora bien, clarifica la CIDH que: “(...) el ejercicio de funciones normales de poder de policía por parte de miembros de una policía civil durante situaciones de hostilidades internas no puede ser considerado, en principio, como actos hostiles que constituyen una amenaza inmediata de daño a los opositores armados del Estado. Si la policía hubiera de enfrentarse con la guerrilla en desarrollo de estas funciones, sus miembros tienen el derecho de defenderse a sí mismos, así como defender la vida y bienes de otros. Tales actos no son incompatibles con su estatus de civiles”¹¹⁸.

Es claro entonces que: i) existe una presunción sobre el carácter civil de la Policía bajo el DIH; ii) ese carácter no es absoluto y está sujeto a excepciones que pueden derivar en la pérdida temporal o permanente del estatus de personas protegidas. La pregunta que se mantiene

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-280A de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁷ CIDH. Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102. 26 de febrero de 1999, para. 66.

¹¹⁸ CIDH. Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102. 26 de febrero de 1999, para. 63.

entonces es: ¿Cuándo las fuerzas de policía pueden perder de forma *permanente*¹¹⁹ el estatus de persona

protegida y cuándo la protección se pierde *temporalmente* tan solo por el término de una participación en las hostilidades?

Consideramos que la respuesta correcta a esta pregunta sólo puede hacerse revisando los conceptos de: i) incorporación de facto a las fuerzas armadas, que conlleva a una pérdida permanente de la protección y ii) participación directa en las hostilidades, que genera una pérdida temporal de la protección. Desarrollaremos con mayor detalle el primer concepto dado que se ha escrito muy poco al respecto y nuestro aporte puede brindar herramientas interpretativas innovadoras para la SA-TP.

2.2. Incorporación *de facto* de la Policía Nacional a las fuerzas armadas

La pregunta sobre la posibilidad de considerar a las fuerzas de policía como parte de las fuerzas armadas del Estado y, por lo tanto, ser considerados objetivos legítimos de un ataque, debe responderse teniendo en cuenta si el organismo específico ha sido incorporado a dichas fuerzas armadas, sea formal o informalmente¹¹⁶. De acuerdo con el DIH Consuetudinario, esta

cuando la persona está *hors de combat* o fuera de combate. En ese caso estaría protegida por el DIH, pero no en virtud de su calidad de policía.

¹¹⁶ DIH Consuetudinario, Regla 4. Aunque el concepto de “incorporación informal” como tal no ha recibido mucha atención, el fundamento funcional en el que se posa este concepto ha sido explicado bajo el concepto “función continua de combate”. Según la Guía para interpretar la noción de PDH, “[l]a función continua de combate exige una integración duradera en un grupo armado organizado que actúe como las fuerzas armadas de una parte no estatal en un conflicto armado. Por lo tanto, los individuos cuya función continua consista en la preparación, realización o comisión de actos y operaciones que equivalgan a una participación directa en las hostilidades asumen una función continua de combate” (p. 34). Véase, *The Definition of Civilians in Non-International Armed Conflicts*: “En el DIH, por defecto, se considera la policía parte de la población civil. Sin embargo, en algunos conflictos armados no internacionales, la policía lucha junto al ejército. Cuando miembros de la policía participan directamente en las hostilidades, ellos, como cualquier civil, se convierten en blancos legítimos. Además, según la aproximación de membresía tanto como la aproximación de participación directa con un alcance temporal extendido, la cual se describirá arriba, si, en un conflicto armado particular la policía despliega funciones militares de forma continua, sus miembros podrían considerarse como blancos permanentes” Bissonnette, 2016, p. 148. Véase, también, *The Status of Police in Armed Conflicts*: “En los CANI, no se otorga el estatus de combatiente a nadie. Como resultado, no hay una directiva de DIH con respecto a quiénes tienen el derecho de participar en las hostilidades y - como consecuencia - quiénes son objetivos militares. No hay una aproximación basada en estatus para la eliminación de blancos humanos. La posibilidad jurídica de un ataque depende solamente de la conducta de la persona. En su Guía para interpretar, el CICR enfatiza que, en el caso de los miembros de grupos armados no estatales, solo aquellos que tienen una función continua de combate pueden ser tratados como objetivos militares, los cuales pueden ser atacados en cualquier momento (hasta que se retiren permanentemente o hasta el momento en que sean *hors de combat*). En consecuencia, y teniendo en cuenta el principio de reciprocidad,

¹¹⁹ Es importante tener en cuenta que cuando aquí nos referimos a pérdida permanente de la protección no estamos eliminando implícitamente otras protecciones que puede tener una persona en virtud del DIH. Un ejemplo de ello es

también en el caso de las fuerzas armadas estatales (incluyendo las fuerzas policiales), solo aquellos que tienen una función continua de combate pueden ser atacados legalmente” Grzebyk, 2018, p. 121. Para evitar la confusión en cuanto al uso del término en la Guía para interpretar, que discute la función continua de combate en el contexto de cuándo se puede considerar a un civil como miembro de un grupo armado no estatal, este documento propone usar el término “incorporación de facto”, aunque se indaga la función continua de combate de los grupos o unidades de la policía.

incorporación se suele hacer a través de un acto formal o una ley, es decir, formalmente¹²⁰. En caso de que no exista una incorporación formal, “se juzgará el estatuto de tales grupos basándose en los hechos y a la luz de los criterios que sirven para definir las fuerzas armadas. Si esas unidades participan en las hostilidades y cumplen los criterios de fuerzas armadas, son consideradas combatientes”¹²¹.

De forma similar, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Especial para Sierra Leona ha manifestado que: “(...) el estatus de los oficiales de policía en tiempos de conflicto armado debe ser determinado caso a caso a la luz del análisis de los hechos particulares. Una fuerza civil de policía, por ejemplo, puede ser incorporada en las fuerzas armadas, lo que causaría que la policía fuera clasificada como combatiente en vez de civil. Incorporación que puede ocurrir de lege, por vía de un acto formal, o *de facto*”¹²².

Dado que la Policía Nacional, como un todo, no ha sido incorporada formal o informalmente a las fuerzas armadas¹²³, se presume que es un cuerpo civil y sus miembros gozan de la protección que dicho estatus concede en el marco de un CANI. No obstante, grupos particulares de la Policía Nacional pueden perder dicha protección cuando han sido incorporados de facto a las fuerzas armadas.

En ciertos contextos, más que actuar espontáneamente en el conflicto armado, algunas unidades o grupos particulares al interior de la Policía Nacional han jugado un rol central y persistente en las hostilidades. El efecto que esto tiene es que, si bien no toda la Policía pierde la presunción general de protección bajo el DIH, algunos grupos sí lo pueden hacer. Asunto que debe determinarse a partir del concepto de incorporación de facto a las fuerzas armadas.

Mientras el DIH Consuetudinario da ejemplos de incorporación formal a las fuerzas armadas de agencias de mantenimiento del orden, no hace referencia a casos en los cuales la

¹²⁰ DIH Consuetudinario, Regla 4.

¹²¹ DIH Consuetudinario, Regla 4. Aunque la explicación de Regla 4 no usa los términos “incorporación informal” ni “incorporación *de facto*” se usan estos términos para explicar un organismo específico que ha sido incorporado a las fuerzas armadas informalmente. De hecho, en su explicación de dicha regla, el CICR cita una sentencia del Tribunal Especial para Sierra Leona que dice “[i]ncorporación [] puede ocurrir de lege, por vía de un acto formal, o *de facto*” Tribunal Especial para Sierra Leona. Sala de Primera Instancia. *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgment par. 88 (traducción propia).

¹²² Tribunal Especial para Sierra Leona. Sala de Primera Instancia. *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Trial Judgment, paras. 87-88 (traducción propia).

¹²³ El artículo 218 de la Constitución Política establece que la Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil cuyo objetivo principal es mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, así como asegurar que las personas que habitan Colombia vivan en paz.

incorporación es informal o de facto¹²⁴. De acuerdo con la misma fuente, la incorporación de facto parte de un

análisis intensivo de los hechos que depende de las particularidades del grupo específico a estudiar¹²⁵. Específicamente, estos grupos son considerados combatientes cuando “toman parte en las hostilidades”¹²⁶ y cumplen los criterios de las fuerzas armadas¹²⁴.

2.2.1. “Tomar parte en las hostilidades”

Aunque la frase usada en el DIH Consuetudinario, “tomar parte en las hostilidades” no contiene el calificativo “directamente”, el principio de igualdad de los beligerantes parece sugerir una calificación más rigurosa¹²⁷. De ello que acciones del grupo o unidad deban ser analizadas a la luz del estándar acumulativo sobre participación directa en las hostilidades que abordamos más adelante. Si el grupo o unidad participa directamente en hostilidades de forma regular, entonces cumple con el requisito de “tomar parte en las hostilidades” para ser considerado como incorporado *de facto* a las fuerzas armadas.

2.2.2. Cumplir los criterios para ser considerada fuerza armada

De acuerdo con el DIH Consuetudinario, “las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, agrupaciones y unidades armadas y organizadas que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte”¹²⁸. El mismo DIH Consuetudinario especifica que la definición de fuerzas armadas es considerada costumbre para CAI pero que, para los efectos de la aplicación del principio de distinción, esta definición también

Disclosure Order Regarding Material Related to the Circumstances of Hostilities between the LRA and Ugandan Government Pursuant to Article 67(2) and Rule 77, con fecha de 15 de marzo de 2017, la Defensa pidió más información sobre si las Unidades Locales de Defensa (en inglés, *Local Defence Units or LDUs*) eran miembros de las fuerzas armadas de Uganda (UPDF). Considerando que existía un CANI en Uganda en esa época, la Defensa quiso determinar si los miembros de los LDUs se podían considerar combatientes en virtud de su membresía en el UPDF (par. 29). Hasta ahora, la Sala no se ha pronunciado en el caso, y como tal, no ha sido resuelta la cuestión de la incorporación *de facto* de miembros de los LDUs. Véase también el Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur presentada al Secretario General, que, con respecto al estatus de las fuerzas policiales en el conflicto armado sudanés, dice: “Por lo común, en un conflicto armado internacional, las fuerzas de policía civil no intervienen oficialmente en las hostilidades y sus agentes pueden considerarse, al menos en teoría, no

¹²⁴ Este vacío jurídico en cuanto a la incorporación informal se muestra más recientemente en el caso *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, que está ante la Corte Penal Internacional actualmente. Según el *Defence Request for a*

¹²⁵ DIH Consuetudinario, Regla 4.

¹²⁶ DIH Consuetudinario, Regla

4. ¹²⁴ DIH Consuetudinario,

Regla 4.

¹²⁷ CICR. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. CICR: Ginebra, 2010.

¹²⁸ DIH Consuetudinario, Regla 4.

combatientes y, por ende, beneficiarios de las salvaguardas y protecciones previstas en contra de los ataques. Sin embargo, en el caso concreto del conflicto interno en Darfur, la distinción entre policía y fuerzas armadas a menudo aparece desdibujada. Existen indicios claros de casos en los que la policía luchó junto a las fuerzas gubernamentales durante los ataques o se abstuvo de prevenir o investigar los atentados de los Janjaweed contra la población civil (...). Así pues, la Comisión opina que el estatuto [sic] civil de la policía en el contexto del conflicto en Darfur es discutible”, S/2005/60, 2005, p. 154, par. 422.

aplica para los CANI. Esto por cuanto el Protocolo Adicional II menciona a las fuerzas armadas del Estado como partes de los CANI pero no las define ni las delimita. Por lo que la Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades, según el DIH, propone que no hay razón para asumir que los Estados Parte de los Protocolos Adicionales I y II quisieran una definición diferente para fuerzas armadas, una para CAI y otra para CANI¹²⁹. En el mismo sentido, de acuerdo con los *travaux préparatoires* para el Protocolo Adicional II, “el término ‘fuerzas armadas’ de la Alta Parte Contratante debe ser entendida en el sentido más amplio posible. De hecho, este término fue elegido en preferencia de otros sugeridos, entre ellos “fuerzas armadas regulares”, con el fin de cubrir a todas las fuerzas armadas, incluyendo esas que no caben dentro de la definición de ejército que aparece en la legislación de algunos países (guardia nacional, aduanas, fuerzas de policía o similares)”¹³⁰.

De acuerdo con la Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el

DIH, bajo las regulaciones de La Haya y las Convenciones de Ginebra, “todas las fuerzas armadas que tengan un grado suficiente de organización militar y que pertenezcan a una parte en conflicto deben ser consideradas como pertenecientes a las fuerzas armadas de esa parte”¹³¹. Punto que fue replicado por el CICR al explicar que “todas las fuerzas armadas, grupos y unidades que muestren un grado suficiente de organización militar y que operen *de facto* a favor o de acuerdo con una de las partes en el conflicto debe ser considerada como parte de sus fuerzas armadas y por lo tanto no califican como civiles, independientemente de la caracterización que puedan recibir como prisioneros de guerra o de los beneficios propios del combatiente y sin importar su denominación en el derecho interno”¹³².

Así las cosas, grupos específicos de la Policía Nacional pueden estar incorporados *de facto* dentro de las fuerzas armadas colombianas si: i) están armadas, ii) operan a favor o de acuerdo

¹²⁹ CICR. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. CICR: Ginebra, 2010.

¹³⁰ Ver Commentary on the Additional Protocols, § 4462. En línea: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf> (traducción propia).

¹³¹ CICR. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. CICR: Ginebra, 2010.

¹³² CICR. International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction. CICR: Ginebra, 2016. Es importante mencionar que, en la Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, en el contexto, la cita solo se aplica a los miembros de las fuerzas armadas irregulares. En cambio, la cita de International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction, en cuanto a esta afirmación, no distingue entre las fuerzas armadas regulares e irregulares. Ambas fuentes son elaboradas por el CICR, y por el mismo autor (Nils Melzer). Como tal, esta respuesta toma la posición de la segunda, es decir, que cualquier cuerpo, grupo o unidad armada será considerado parte de las fuerzas armadas estatales, independientemente de su calificación como regular o irregular, siempre y cuando muestren un grado suficiente de organización militar y que operen de facto a favor o de acuerdo con una de las partes en el conflicto.

con las mismas y iii) tienen un grado de organización militar suficiente. Miembros de esos grupos

incorporados *de facto* serían entonces objetivos legítimos de ataque durante el tiempo en que formaran parte de los mismos.

2.2.3 Consideraciones particulares sobre “Grado suficiente de organización militar”

Aunque la noción de “grado suficiente de organización militar” no ha sido desarrollada en relación con fuerzas armadas estatales, esta sí ha sido trabajada con respecto a grupos armados irregulares. A pesar de que existe una distinción entre grupos armados y cuerpos policiales, para analizar el grado suficiente de organización militar, en esta respuesta se sostiene que se puede analizar por analogía. En la jurisprudencia relevante se analizan varios factores, aunque ninguno de ellos requisito absoluto para determinar si el grupo armado tenía el grado suficiente de organización militar. A manera de ejemplo, algunos factores que se usaron por el TPIY son:

- Presencia de una estructura de mando.
- Factores que demuestran que el grupo armado puede realizar operaciones de una manera organizada.
- Factores que demuestran un nivel de logística.
- Factores relevantes que demuestran una estructura de disciplina en el grupo armado y su capacidad de implementar las obligaciones básicas del artículo 3 común.
- Factores que indican que el grupo armado puede hablar con una voz unificada.¹³³

2.3. Participación directa en hostilidades

De forma diferente, un miembro de cualquier grupo o unidad de la Policía Nacional puede perder la protección que le otorga su estatus de civil y convertirse en un objetivo legítimo de ataque si está participando directamente en las hostilidades, pero sólo durante el tiempo que lo haga. Esta pérdida de protección debe analizarse caso a caso y la persona sólo puede ser atacada durante el tiempo que participe directamente en las hostilidades.

De acuerdo con la Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, para considerar que una persona participa directamente en las hostilidades se requiere el cumplimiento de tres criterios acumulativos: “(1) un umbral respecto al daño que probablemente el acto tenga como consecuencia [umbral de daño], (2) una relación de causalidad directa entre el acto y el daño previsto [causalidad directa] y (3) un nexo beligerante entre el acto y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado [nexo beligerante]”¹³⁴.

¹³³ Prosecutor v. Haradinaj et al., Appeals Judgement, 2012 par. 395.

¹³⁴ CICR. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. CICR: Ginebra, 2010.

Si bien estos criterios pueden parecer sencillos de aplicar, en la práctica es difícil determinar cuando un miembro de la Policía Nacional está participando directamente en las hostilidades y, en caso de estarlo, cuando termina. Pero, además, la línea que diferencia la participación directa de la legítima defensa puede ser difícil de trazar. Si un miembro de la Policía Nacional está ejerciendo su derecho a la legítima defensa, retiene su protección como civil y no es objetivo legítimo de un ataque.

De conformidad con la ya citada Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario: “Causar daño en defensa propia o de otras personas para responder a un acto de violencia prohibido según el DIH carece de nexo beligerante. Por ejemplo, cuando civiles recurren a la fuerza en legítima defensa contra ataques ilícitos o pillajes, violaciones o asesinatos por parte de soldados que van merodeando, se puede alcanzar el umbral necesario de daño, pero es indudable que su finalidad no es apoyar a una parte en conflicto en menoscabo de otra. Si la defensa propia contra una violencia prohibida acarrearla la pérdida de la protección contra los ataques directos, eso tendría como consecuencia absurda la legitimación de un ataque ilícito que haya tenido lugar con anterioridad. Por lo tanto, no se puede considerar como una participación directa en las hostilidades el uso de la fuerza necesaria y proporcionada en esas situaciones”¹³⁵.

De manera que es importante concentrarse en si la acción controvertida fue necesaria y proporcional a la amenaza para poder diferenciar casos de legítima defensa de casos de participación directa en hostilidades.

2.4. El estatus jurídico de la Policía Nacional atendiendo a las particularidades del conflicto armado en Colombia

El artículo 218 de la Constitución Política define a la Policía Nacional como “un cuerpo armado permanente de naturaleza civil”. Su mandato funcional está dirigido al mantenimiento de las condiciones de seguridad interna, en procura de garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades públicas. Existe una extensa jurisprudencia constitucional¹³⁶ que ha reiterado su naturaleza civil y ha demarcado sus diferencias con las fuerzas militares. Sucintamente podrían resumirse en: (i) su carácter preventivo; (ii) la existencia de un sistema de instrucción y disciplina principalmente civil y (iii) el desarrollo complementario de funciones de colaboración judicial.

Una revisión formal de las normas constitucionales y de la ley orgánica que define su estructura justifican la presunción general según la cual los miembros de la Policía Nacional son personas

¹³⁵ CICR. Guía para interpretar la noción de participación directa en hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. CICR: Ginebra, 2010.

¹³⁶ Corte Constitucional sentencias C-453/1994; C-024/1994; C-872/2003.

protegidas y, por tanto, en principio no son blancos legítimos de ataque bajo el DIH. No obstante,

la naturaleza del conflicto armado en Colombia ha implicado que la Policía Nacional se ubique en una zona de compleja determinación que requiere ser analizada desde dos dimensiones: una orgánica y otra funcional.

A continuación, desarrollaremos tales dimensiones y culminaremos concluyendo por qué, atendiendo a las particularidades contextuales del conflicto armado en Colombia deben contemplarse las dos excepciones a la regla general indicadas en las subsecciones 2.2 y 2.3, para lo cual, presentaremos una serie de ejemplos que permiten aplicar las reglas expuestas a casos concretos.

2.4.1. Dimensión orgánica

Desde su creación a finales del siglo XIX, la estructura de la Policía Nacional ha estado estrechamente vinculada a la historia de violencia política de Colombia y, particularmente, al conflicto armado interno librado desde la segunda mitad del siglo XX. En su concepción inicial la Policía Nacional dependía del entonces Ministerio de Gobierno del cual recibía directamente órdenes¹³⁷, situación que cambió en diferentes momentos políticos, manteniéndose en todo caso adscrita a dicho ministerio gran parte de la primera mitad del siglo XX¹³⁸.

Tras la declaración del estado de sitio en 1949¹³⁹, a raíz del asesinato de Jorge Eliecer Gaitán y la disolución del cuerpo de Policía Nacional, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla expidió el Decreto 1814 de 1953 por medio del cual unificó el mando de las diferentes fuerzas armadas y reestructuró la Policía Nacional, ubicándola al interior del Ministerio de Guerra, bajo el mando del entonces Comando General de las Fuerzas Armadas¹⁴⁰.

Desde la creación del Ministerio de Defensa¹⁴¹ la Policía Nacional se ha encontrado adscrita a este. Sin embargo, a partir la década del ochenta la Policía Nacional comienza a desprenderse del modelo castrense y a recuperar su naturaleza civil. Este cambio de concepción se observa en la expedición del Decreto 2137 de 1983 por medio del cual se reorganizó la Policía Nacional, enfatizando su carácter especial y diferenciado de las fuerzas militares, y acercándola a la estructura que tiene actualmente.

¹³⁷ Decreto 1000 de 1891, el cual crea por primera vez un Cuerpo de Policía Nacional. En su artículo 7 se establece su dependencia del Ministerio de Gobierno.

¹³⁸ Mediante el Decreto 743 de 1904 el General Rafael Reyes adscribió la Policía Nacional al Ministerio de Guerra en donde se mantuvo hasta la expedición de la Ley 41 de 1915 que reiteró su carácter de guardia civil y la ubicó nuevamente al interior del Ministerio de Gobierno.

¹³⁹ Tras la expedición del Decreto 3518 de 1949 que declara la turbación del orden público y declara el estado de sitio, se contrató una misión inglesa que culminaría con la reestructuración de las fuerzas de policía reflejada en el 1814 de 1953.

¹⁴⁰ Decreto 1814 de 1953, artículo 2.

¹⁴¹ Creado mediante el Decreto 3398 de 1965 en el gobierno de Guillermo León Valencia.

Paradójicamente, la reconfiguración orgánica de la Policía tuvo un camino distinto en términos de su estructura operativa, ligada estrechamente a la lucha contra el narcotráfico y el conflicto armado interno¹⁴². La reconfiguración del diseño operacional se acercó a los modelos de las Fuerzas Militares en razón de una coyuntura que obligaba a la policía a dotarse de capacidad militar y a construir planes con tales características. En efecto, de forma paralela a la reestructuración surgen cuerpos especialmente entrenados para atender modalidades delictivas de impacto nacional, por ejemplo, se consolida el Comando de Operaciones Especiales (COPEs) mediante la resolución No. 7174 del 18 de diciembre de 1984, adscrito a la dirección de Policía Judicial e Investigación. De igual forma, en el año de 1989 mediante el decreto 814 se crea el Cuerpo Especial Armado (CEA) con el fin de atender la perturbación del orden público y el estado de sitio en el territorio nacional.

La paradoja orgánica/operativa se mantendría incluso con posterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991. Así, aunque el artículo 218 constitucional reitera que la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de carácter civil, la Ley 62 de 1993 la adscribe al Ministerio de Defensa, estableciendo los principales aspectos de su estructura. Estructura que ha sido modificada en diferentes oportunidades pero mantiene rasgos inalterables¹⁴³: El presidente de la República es su jefe y suprema autoridad administrativa, que ejerce a través del Ministerio de Defensa Nacional y el Director General de la Policía, quien es nombrado directamente por aquél. En el orden territorial los alcaldes y gobernadores son las primeras autoridades de policía en el nivel municipal y departamental, respectivamente. Su estructura tiene una dirección general¹⁴⁴, y una subdirección que está dividida en los niveles administrativo, educativo y operativo. De forma particular, el nivel operativo de la Policía ha mantenido algunos cuerpos especiales creados en la década del 80 y, de hecho, ha creado nuevas unidades de esta índole con el fin de garantizar el mandato constitucional de mantener el orden público interno.

En la sentencia C-453 de 1994 la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9 y 10 de la Ley 62 de 1993 por violación del artículo 218 superior. El argumento principal del demandante consistió en señalar lo que en su consideración era una contradicción: Si la Policía Nacional es un cuerpo armado civil, resulta contrario a su naturaleza ubicarla bajo la dirección y mando del Ministerio de Defensa.

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los artículos demandados. Dentro de sus consideraciones resulta de especial importancia aquella que atiende a las dificultades fácticas derivadas del contexto colombiano. La Corte señaló que, aunque la doctrina clásica ubica a la policía como “fuerza de coerción civil interna” mientras que “la coerción militar externa estaría a

¹⁴² Llorente, M. V. (1997). *Perfil de la policía colombiana*. Bogotá.

¹⁴³ Decreto 1686 de 1997; Decreto 049 de 2003; Decreto 4222 de 2006 y Decreto 216 de 2010.

¹⁴⁴ Principalmente de nivel asesor y de supervisión y control.

cargo de las fuerzas militares” tal división de trabajo resulta problemática en el contexto colombiano por la existencia “de agentes internos de violencia organizada [que] desestabiliza la distinción entre lo civil y lo militar”¹⁴⁵.

En este sentido, con el fin de garantizar el orden público “la Policía Nacional también está capacitada para participar en este tipo de lucha por medio de cuerpos especiales (cuerpo élite) o de unidades de contraguerrilla”¹⁴⁴. Para la decisión concreta, la existencia de una “perturbación permanente del orden público” justifican que en ejercicio de la libertad de configuración el legislador “opte por la incorporación del cuerpo de policía al Ministerio de Defensa”¹⁴⁶.

Ahora bien, más allá del argumento constitucional que justifica la adscripción orgánica al Ministerio de Defensa, en términos fácticos la zona gris en la que está ubicada la Policía tiene dos implicaciones:

- i. Existen unidades especiales de la Policía Nacional que por su estructura orgánica podría entenderse que han asumido labores de las Fuerzas Armadas, sus miembros pueden ser considerados como combatientes y, por lo tanto, como objetivo legítimo de un ataque en términos del DIH, lo cual generaría la pérdida permanente del estatus de persona protegida.
- ii. Existen unidades de policía que, pese a que orgánicamente no son especiales, asumieron *de facto* labores propias de las Fuerzas Armadas y, por consiguiente, también perderían de forma permanente el estatus de persona protegida.

Ahora bien, para llegar a esta última conclusión la aproximación orgánica es insuficiente, por lo cual es necesario pasar a revisar la dimensión funcional de la Policía prestando especial atención a los pronunciamientos de la Corte Constitucional que brindan algunos parámetros interpretativos al respecto.

2.4.2. Dimensión funcional

La función constitucional de la Policía Nacional está dirigida a la preservación de las condiciones de seguridad que permitan el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. El cumplimiento de esta función debe realizarse principalmente a partir de una labor preventiva y cívica.

No obstante, como se ha mencionado, el conflicto armado en Colombia ha implicado que esta haya desplegado funciones de tipo militar que la ubican en una compleja “zona gris” en relación

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-453 de 1994, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, apartado

2.3. ¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

con su participación en las hostilidades y su estatus jurídico. La jurisprudencia constitucional ha sido consciente de esta tensión al menos en dos tipos de decisiones:

Primero, en demandas de tutela interpuestas en contra del Ministerio de Defensa Nacional y comandancias departamentales de policía, por la decisión de construir estaciones y cuarteles de policía en centros poblados ubicados en zonas de constantes confrontaciones. Al respecto, es posible identificar una línea jurisprudencial que negó las tutelas afirmando que el peligro derivado de la construcción de cuarteles y estaciones era atribuible a la presencia de grupos armados irregulares y no a la Policía Nacional, la cual debía hacer presencia en estos territorios con la finalidad de cumplir sus funciones constitucionales de brindar protección a la población¹⁴⁶.

Lo interesante de estas sentencias para el asunto que nos ocupa, es que de forma implícita en la mayoría de las decisiones y de forma explícita en una de ellas, la Corte admite que existen zonas del país especialmente afectadas por el conflicto armado en las que las estaciones de policía comportan la posibilidad de involucrar a sus miembros en las hostilidades¹⁴⁷.

Aun cuando las *ratio* de estas sentencias no se dirigen a resolver el estatus de la policía bajo el DIH, sí sugieren el reconocimiento de un argumento contextual, particularmente respecto de las funciones que debe asumir la policía en ciertas zonas del país en donde existen confrontaciones permanentes¹⁴⁸.

Segundo, existen sentencias de constitucionalidad que analizan regímenes de instrucción, disciplina y juzgamiento de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que arrojan luces

¹⁴⁶ Corte Constitucional sentencias T-102 de 1993; T-139 de 1993, T-255 de 1993, T-1206 de 2001. La línea jurisprudencial tuvo una modificación con la sentencia T-280A de 2016 en la que se otorgó el amparo constitucional para trasladar una estación que se iba a ubicar en la vereda Campo Alegre del corregimiento de El Mango del municipio de Argelia, Cauca. No obstante, la Corte Constitucional regresó a su postura inicial con la sentencia T-485 de 2018 en la que se negó el traslado de la estación de policía del municipio de Murindó, Antioquia.

¹⁴⁷ “Si bien por naturaleza propia las estaciones de policía deben estar situadas en el casco urbano de los municipios del país, esa ubicación debe atender a los principios del Derecho Internacional Humanitario referidos en capítulos anteriores del presente fallo. No es lo mismo una estación de policía en la urbe de un municipio, corregimiento o vereda que no presenta hostilidades, a una situada alrededor de una zona estratégica del conflicto”. Corte Constitucional, sentencia T-280A de 2016, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴⁸ “A pesar de lo anterior, la situación actual de conflicto colombiano, impide que se pueda clasificar el cuerpo de policía como una institución de naturaleza enteramente civil desde un punto de vista normativo, pues los factores de inestabilidad que se viven cotidianamente en ciertas zonas del país son generalizados, hasta el punto de que sus miembros, y las instalaciones donde desarrollan su labor, constituyen objetivos militares frecuentes de la guerrilla. Por otra parte, en este conflicto, los medios utilizados por los actores armados para atacar las estaciones de policía son indiscriminados y en ocasiones resultan lesionando gravemente a la población civil. En esa medida, el desbordamiento del conflicto armado lleva a un incremento de la violencia, que a su vez implica que algunos aspectos inherentes a la prestación de un servicio público cuya finalidad es garantizar la vida y demás derechos a la población, terminan por convertirse en un riesgo para los bienes jurídicos que se pretenden proteger mediante el mismo servicio”. Sentencia T-1206 de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil.

fundamentales sobre el cruce de funciones y el estatus de la policía bajo el DIH¹⁴⁹. Dentro de estas es fundamental la sentencia C-084 de 2016 en tanto resuelve una demanda contra el Acto Legislativo 01 de 2015, por medio del cual se modifica el artículo 221 de la Constitución Política y se establece que:

“En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario”.

Al tratarse de un acto legislativo la Corte realiza un estudio de sustitución bastante extenso. Para la materia en cuestión, debe resaltarse que la reforma hizo alusión a los miembros de la Fuerza Pública sin distinguir entre fuerzas de policía y fuerzas militares, asumiendo que la Policía Nacional puede realizar labores militares y que en el contexto colombiano desarrolla funciones de combate. Como lo señalan Vásquez y Gil, la aprobación de esta reforma constitucional tiene una serie de consecuencias dentro de la que se destaca que “al referirse a la fuerza pública, da por cierta la participación de la Policía Nacional en el conflicto armado o en enfrentamientos que objetivamente reúnan las condiciones del DIH (...)”¹⁵⁰.

La posibilidad de que la Policía Nacional pueda asumir funciones militares, justifica la regla según la cual existen unidades de policía que, pese a que orgánicamente no son estructuras especiales, fueron incorporadas *de facto* o informalmente a las funciones de las fuerzas armadas por su ubicación en zonas de hostilidades y, por consiguiente, perderían de forma permanente el estatus de persona protegida.

Ahora bien, existen policías que participaron directamente en las hostilidades sin que pertenecieran a unidades especiales o a unidades ubicadas en zonas de conflicto. En este caso, la pérdida de protección sería temporal y se prolongaría sólo durante su participación.

2.5. Conclusiones

- Bajo el DIH, los organismos de mantenimiento del orden interno, en principio, tienen naturaleza civil. Esta presunción aplicaría para la Policía Nacional de Colombia, entre

¹⁴⁹ En materia de disciplina es fundamental la sentencia C-421 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis, particularmente el salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵⁰ Vásquez J.D., Gil L.M., (2017) “Modelo Constitucional de la Fuerza Pública en Colombia”, en: *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, pp. 139-162.

otras, porque por disposición constitucional está definida como un cuerpo armado de carácter civil.

- No obstante, esta regla tiene dos excepciones bajo el DIH: De una parte, la incorporación *de facto* en las Fuerzas Armadas, respecto de la cual no existen tantos antecedentes en el DIH, pero que es de suma importancia, entre algunas razones, porque establece elementos muy cercanos al contexto colombiano. De la otra, la participación activa en las hostilidades.
- La incorporación *de facto* tiene como efecto la pérdida permanente de la protección que otorga el DIH en un contexto delimitado¹⁵¹. La participación activa en las hostilidades tiene como consecuencia una pérdida temporal de la protección.
- En el contexto colombiano ambas excepciones son aplicables. Respecto de la incorporación *de facto*, existen unidades especiales de la Policía Nacional que por su estructura orgánica han asumido labores de las Fuerzas Armadas. Asimismo, existen unidades de policía que, pese a que orgánicamente no son especiales, asumieron *de facto* labores propias de las Fuerzas Armadas y, por consiguiente, también perderían de forma permanente el estatus de persona protegida.
- En cuanto a la participación activa en las hostilidades, la situación debe ser analizada caso por caso en situaciones en las cuales existen operaciones conjuntas, en las que la policía participa temporalmente en los actos hostiles, pero no tiene que combatir de forma permanente en un territorio determinado.

3. NOTIFICACIONES

Los intervinientes recibiremos notificaciones en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), ubicado en la Calle 35 No. 24-31 de la ciudad de Bogotá D.C. y en los correos electrónicos smichal@essex.ac.uk, ajimenez@dejusticia.org y pgomez@dejusticia.org.

Cordialmente,

SABINE MICHALAWOSKI

MICHAEL CRUZ RODRÍGUEZ

MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO

MARYLUZ BARRAGÁN GONZÁLEZ

¹⁵¹ Es importante tener en cuenta que cuando aquí nos referimos a pérdida permanente de la protección no estamos eliminando implícitamente otras protecciones que puede tener una persona en virtud del DIH. Un ejemplo de ello es cuando la persona está *hors de combat* o fuera de combate. En ese caso estaría protegida por el DIH, pero no en virtud de su calidad de policía.

JUANA DAVILA SÁENZ

PABLO GÓMEZ PINILLA

FELIPE OCTAVIO LEÓN VILLAMIL

AARON ALFREDO ACOSTA

NOAM LUBELL

CLAIRE SIMMONS