



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ
TRIBUNAL PARA LA PAZ
SECCIÓN DE APELACIÓN

Sentencia TP-SA-AM 168 de 2020

En el asunto de Luis Alberto Guzmán Díaz

Bogotá, 18 de junio de 2020

Expediente No.:	2018340160500219E
Radicado No.:	20181510119032 - 20181510199132
Recurrente:	Apoderada del compareciente
Asunto:	Apelación contra Resolución de la Sala de Amnistía o Indulto que negó el beneficio de amnistía.

La Sección de Apelación (SA) del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) procede a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada del señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ en contra de la providencia SAI-AOI-D-ASM-051-2019, dictada por la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) el 23 de julio de 2019.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Ante la SAI se llevó a cabo el trámite de amnistía del señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ por el homicidio agravado de un agente de policía, que viajaba en un colectivo de servicio público, en la vereda de Panamá, en el municipio de Sylvania, Cundinamarca. La justicia ordinaria ya le había concedido la amnistía *de iure* por el delito de rebelión, por lo que la SAI se concentró en el análisis del beneficio por el delito de homicidio. La Sala de Justicia encontró que la conducta cumplía con los factores temporal, personal y material, pero la calificó como un crimen de guerra y, por tanto, como una de las categorías de delitos no amnistiabiles previstas en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. La SA confirmará la providencia de primera instancia, por las razones expuestas en esta decisión.

II. ANTECEDENTES

Hechos y actuaciones procesales previos a la providencia recurrida

1. El 14 de octubre de 2005, los señores Carlos Andrés RUÍZ¹ y Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ², alias *Tabaco*, fueron condenados por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca a la pena de prisión de 324 meses como coautores del delito de homicidio agravado, del que resultó víctima el agente de la Policía Néstor Jairo Bohórquez Páez, en concurso heterogéneo con el delito de rebelión³. También se les condenó a pagar el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, en favor de la esposa del occiso. De acuerdo con la sentencia, el homicidio fue cometido por orden de alias *Emilio*, comandante del Frente 42 de las FARC-EP⁴.

2. Los hechos que motivaron la condena fueron narrados de la siguiente manera en la resolución de primera instancia:

2.-El agente prestaba sus servicios en el Noveno Distrito de Policía de Fusagasugá (Cundinamarca), adscrito a la estación de Arbeláez (Cundinamarca). Según la información del proceso penal, así como aquella remitida por la Policía Nacional en el presente trámite de amnistía, el día 7 de enero de 2003, aproximadamente a las 9:40 a.m. el agente de policía, Néstor Jairo Bohórquez Páez, viajaba de Fusagasugá (Cundinamarca) con destino a Tibacuy (Cundinamarca) en un microbús (colectivo) afiliado a la empresa COOTRATIBACUY. El agente en mención “viajaba en traje de [c]ivil al municipio de Tibacuy a visitar [a su] [f]amilia”. Luego de 25 minutos de recorrido aproximadamente, a la altura de un sitio conocido como La Granja 01 o las

¹ Identificado con la CC No. 3.171.469 de Silvana y quien se encontraba recluso en la Cárcel de Cóbbita (Boyacá). Según el oficio 10910 del INPEC, el señor RUÍZ falleció el 25 de noviembre de 2014 (fl. 91 reverso y 180 reverso). Los otros coautores no aparecen identificados.

² Identificado con la CC No. 11.387.176 de Fusagasugá. Actualmente disfruta del beneficio de libertad condicionada.

³ En esta decisión se afirma que el comandante *Emilio*, del Frente 42, estaba involucrado en la conducta. De acuerdo con un testigo (Fabio Beltrán), los condenados figuraban dentro del grupo que secuestró al señor Bohórquez. El dueño de la tienda (Pedro Velásquez) en donde paró el policía para tomar una gaseosa con sus secuestradores describió a uno de los sujetos con características similares a las de LUIS ALBERTO GUZMÁN, mientras que el otro a quien según dijo reconoció, era ELKIN, añadiendo que también habían (sic) otras personas que tenían entre 18 y 19 años. El señor Guzmán había afirmado que el día del homicidio estaba trabajando en TV Cable de Fusagasugá, pero otro testigo (Darío Aristizábal) señaló que el 7 y 8 de enero no trabajó con él, desmintiendo lo sostenido por Guzmán. Se menciona que el homicidio puede haber sido cometido como venganza de lo que le había pasado a un compañero guerrillero. Para el juzgador de primera instancia es cierto que existen algunas inconsistencias en los testimonios, pero ellos no tienen la virtualidad de restar credibilidad a las exposiciones, pues no podemos desconocer las especiales circunstancias en que fueron percibidos los hechos en los que aparecen comprometidos los dos procesados referidos, de quienes se dice pertenecían a las FARC y estuvieron con la víctima horas antes de producirse su deceso (pp. 15 de la decisión). Con base en el análisis de las pruebas, decide condenar al compareciente por los delitos de rebelión y homicidio agravado por la condición de servidor público de la víctima.

⁴ En la misma decisión fue absuelta la señora María Teresa Cortés y condenado el señor José Omar Duarte Puentes únicamente por el delito de rebelión.



Granjas del Bosque en la vía que de Silvania (Cundinamarca) conduce a Tibacuy (Cundinamarca), el conductor divisó a cinco personas armadas con fusiles y uno con pistola que lo obligaron a detener el vehículo. Esas personas armadas, según la sentencia condenatoria, pertenecían al frente 42 de las FARC-EP.

3.- Al presenciar lo anterior, el agente de policía Bohórquez le dio al conductor una suma de dinero con la instrucción de que se la llevara a su esposa en caso de que le pasara algo. Concretamente, el conductor del vehículo donde se transportaba la víctima relató que las personas armadas le dijeron al “sargento Bohórquez [que] se baja[ra], él de una vez se bajó y atravesó la carretera hacia donde estaban los otros dos, el que tenía la pistola le dio la mano, lo saludó”. Posteriormente, el grupo de personas armadas condujeron al agente a la zona rural de la vereda de Panamá, municipio de Silvania (Cundinamarca).

4.-Siendo aproximadamente las 4:00 p.m. del mismo día se produjo la muerte del agente de policía por disparos de arma de fuego en su cuerpo. Ese hecho se probó por medio de la inspección realizada al cadáver. En el informe de inspección al cadáver, se indicó que el cuerpo sin vida del policía vestía “pantalón [c]aquí marca gullo [...] camisa a cuadros, sin elementos, sin zapatos”. Además, se estableció que la causa de la muerte fue un “choque neurológico secundario craneo encefálico severo producido por heridas por proyectiles de arma de fuego”. En la referida vereda, al día siguiente, “a las 11:00 horas [el cuerpo de la víctima] fue hallado sin vida, por campesinos de la región, siendo trasladado a la morgue del [h]ospital, [con] ocho (08) impactos de [a]rma de [f]uego, [c]alibre 9 MM en diferentes partes del cuerpo”

3. Mediante sentencia del 6 de abril de 2006, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia⁵ y,

⁵ En la sentencia se relatan los hechos y se analizan las pruebas aportadas al proceso. Se cita el testimonio del conductor del colectivo, que narra la forma en que el señor Bohórquez fue bajado de este. Igualmente, el de la esposa del occiso, quien afirmó que alias *Emilio* le dijo que lo había matado porque “en guerra...cualquier policía era objetivo militar”. De las pruebas aportadas al proceso, entre ellas el estudio de voces de un control del espectro electromagnético, se identificó a alias *Emilio* como jefe militar de la zona de Sumapaz del Frente 42 y se sostiene que habría afirmado que la muerte del miembro de la policía era como venganza por la muerte de un guerrillero (pp. 15 de la decisión) y que el cadáver se había dejado en la vereda Panamá (pp. 17 de la decisión). Para el Tribunal no hay incertidumbre de que los autores del homicidio fueron las FARC”. Fabio Enrique Beltrán Firigua en su testimonio afirma que el señor Guzmán era uno de los integrantes del grupo que tenía al señor Bohórquez. De acuerdo con el Tribunal, esta declaración fue ratificada por FABIO ENRIQUE BELTRÁN FIRIGUA ante la señora Fiscal Especializada el 30 de mayo de 2003, haciendo saber que en familia había sido amenazado de muerte de no llegar a abandonar la vereda y que si algo le llegaba a pasar responsabilizaba a las personas que señaló como partícipes del crimen” (pp. 19 de la decisión). El Tribunal Superior le otorga credibilidad al testimonio del señor Beltrán Firigua. También da cuenta del hecho que el señor Darío Aristizábal desmintió la afirmación del señor Guzmán, respecto a que el día de ocurrencia de los hechos estaba laborando en la colocación de redes para televisión por cable. En cuanto a que estaba celebrando el cumpleaños de su progenitora, el Tribunal destaca que ocurrió el 6 de enero, lo que prueba con la cédula de ciudadanía de la señora y las firmas de varias personas que asistieron al jolgorio, así como las fotografías del festejo que se allegaron (Pp. 23 de la decisión). También destaca que cinco días después de ocurrido el homicidio la Policía fue alertada de dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta revisando el cableado de la Escuela de Formación de la Policía de Fusagasugá y que nos los dejaron entrar porque eran guerrilleros. Los agentes destinados a la seguridad le pidieron colaboración al GAULA, que identificó a estas personas como Federico Torres y Luis Alberto Guzmán. Señala que la condición de informante de Guzmán imposibilita que hubiera sido detectado como integrante de las ordenes de batalla del Frente 42 de las FARC-EP. Como consecuencia de este análisis decide confirmar la sentencia de primera instancia.

en decisión del 27 de octubre de 2008, la Corte Suprema de Justicia decidió no casar el fallo⁶.

4. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 21 de enero de 2015, declaró infundada la acción de revisión invocada por el defensor del señor GUZMÁN DÍAZ⁷. La acción se fundamentaba en la existencia, según el accionante, de prueba nueva consistente en la versión de un guerrillero desmovilizado en la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá. En esta declaración, el señor identificado como M.U.B. habría reconocido ser el autor de los disparos en contra del agente de policía Bohórquez Páez. La Corte encontró infundada la revisión solicitada porque consideró que *“la atestación traída a colación como prueba nueva es imprecisa y errática en distintos aspectos, mientras que la dicción que permitió arribar al juicio de reproche concurre con otras probanzas a soportar la versión que señaló a GUZMÁN DÍAZ uno de los protagonistas del acontecer delictual. Entonces, la narración que lo excluye de responsabilidad, conforme se indicó, no cuenta con la entidad de perturbar su compromiso penal (...) De contera, la valoración individual, conjunta y acorde con la sana crítica de los medios de convicción obrantes en la foliatura y de la prueba nueva allegada a esta acción, permite vislumbrar que esta última no evidencia una disonancia entre la verdad histórica y la verdad procesal decantada en las providencias que culminaron con la condena de L.A.GUZMÁN DÍAZ. Por ende, al ser infundada la causal propuesta en este asunto, no hay lugar a dejar sin efectos los fallos de primera y segunda instancia cuestionados por vía de la presente acción y estos habrán de permanecer incólumes”*⁸.

⁶ Frente al cuestionamiento de la validez del testimonio del señor Fabio Enrique Beltrán Firigua, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señala que la prueba se practicó bajo juramento y con *la advertencia de las consecuencias legales de faltar a la verdad, así como de las excepciones al deber de declarar* (Pp. 14 de la sentencia). La Corte encuentra que el testimonio y sus posibles contradicciones fue debidamente valorado por el Tribunal Superior de Cundinamarca, las que explica por las amenazas que, al parecer, recibió el testigo, por lo que fue incluido en el Programa de Protección Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación. La Corte destaca cómo el testimonio de Beltrán es coherente con el del conductor del colectivo, en cuanto a la hora en que el señor Bohórquez fue bajado del vehículo, y con la exculpación exhibida por el señor Guzmán, que dijo que ese día estaba trabajando en la instalación de redes para televisión, lo que fue desmentido por el señor Darío Aristizábal, Coordinador Técnico en Instalaciones de TVFUSA LTDA. También en cuanto a la afirmación del señor Guzmán respecto a que se encontraba celebrando el cumpleaños de su señora madre, ya que tal evento tuvo lugar el 6 de enero, de acuerdo a la cédula de ciudadanía de esta señora. Otros testigos declaran acerca del conocimiento previo entre alias *Elkin* y el compareciente. Como consecuencia de este análisis, la Corte declara que el cargo de casación de la sentencia de segunda instancia no prospera.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de enero de 2015. M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁸ La Corte también sostiene: *Por ende, es palmario que esta prueba no ostenta la facultad de evidenciar que de haber ingresado oportunamente al expediente hubiera determinado una solución del asunto sustancialmente distinta y opuesta a la adoptada, no permite colegir sin hesitación que el condenado es inocente al resultar inconsistente con un elemento de juicio -testimonio- de particular repercusión obrante en el trámite cuya rescisión se procura y valga anotar que resulta improcedente la controversia que se enarbola acerca de su mérito persuasivo, en tanto en el transcurso de las instancias se le confirió validez no solo, se subraya, por las condiciones personales del declarante, sino porque coincidía y convergía con otros medios de prueba, de tal forma que las imprecisiones que con ahínco señala el accionante durante sus alegatos de conclusión no tienen cabida en sede de revisión. Esta no es escenario para abordar un examen respecto de la legalidad de la sentencia, como sucede con el recurso de casación, sino para evaluar la vigencia de la justicia en su dimensión positiva con el fin de evitar que se incurra en una injusticia que conduzca a la condena de un inocente o a la absolución de un responsable. // De contera, volver a una polémica sobre el particular, es retornar a una discusión circunscrita al devenir de las instancias y ajena a la naturaleza del instituto, toda vez que la exposición subjetiva del mérito que en sentir del accionante debe conferirse a las pruebas aportadas en la actuación desconoce que la revisión no es una continuación del proceso penal que culminó con la ejecutoria de la decisión judicial que hizo tránsito a cosa juzgada,*



5. El 28 de agosto de 2017, la OACP informó al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Soacha, Cundinamarca, que el señor GUZMÁN DÍAZ no se encontraba en los listados entregados por las FARC-EP al Gobierno Nacional.

6. Por sentencia del 2 de febrero de 2018, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Soacha concedió la amnistía *de iure* al señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ, conforme a lo dispuesto en la Ley 1820 de 2016 y en el Decreto 277 de 2017, por el delito de rebelión por el que fue condenado en la sentencia del 14 de octubre de 2005 (fl. 30 y 43)⁹. Al no conceder la amnistía por el delito de homicidio agravado, redosificó la pena y le impuso una de 300 meses de privación de la libertad –24 meses menos que la condena original. En la misma providencia, le concedió la libertad condicionada, dando aplicación al artículo 35 de la Ley 1820 de 2016. El 24 de mayo de 2018, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Soacha remitió el proceso en el que concedió la amnistía *de iure* con destino a la JEP. En el mismo oficio informó que se encuentra pendiente por resolver la petición de pago de perjuicios morales, elevada por el apoderado de la víctima (fl. 1).

7. Mediante Resolución SAI-AAOI-ASM-007-2018 del 22 de agosto de 2018, la SAI avocó el conocimiento del trámite de amnistía o indulto de los señores GUZMÁN DÍAZ y RUÍZ por el delito de homicidio agravado (fl. 61). La Sala de Justicia ordenó que se aportaran algunos elementos de prueba para fundamentar su decisión final, entre ellos un informe de contextualización y otro en el que se determinara si la Policía Nacional ejercía funciones militares en la zona.

8. Por medio de la Resolución SAI-RT-ASM-138-2018 del 27 de diciembre de 2018 (fl. 90), se acredita a la señora Irene López Alvarado como víctima. En las consideraciones de la decisión se afirma que la ejecución de los perjuicios reconocidos por la Justicia Ordinaria no se puede adelantar ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

9. De acuerdo con oficio de la UIA del 10 de junio de 2019, en la entrevista realizada el 30 de mayo de 2019 al señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ, éste informa que no perteneció a las FARC-EP y que su objetivo es que la JEP revise la sentencia, dado que no tiene ninguna responsabilidad por los hechos por los cuales fue condenado. En la diligencia, el compareciente manifestó que tiene las pruebas de su inocencia, las cuales no fueron tenidas en cuenta en la justicia ordinaria. Aportó los videos de las

ya que su teleología no se orienta a revivir la controversia jurídico-probatoria llevada a cabo en un asunto finiquitado, por lo que, además, tampoco ofrecería novedad el planteamiento del libelista cuando residualmente regresa a la supuesta validez de una tesis ya desechada.

⁹ El 16 de febrero de 2018 (fl. 37), el señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ suscribió el acta de compromiso para acceder a la libertad condicionada y el 10 de abril de 2018 (fl. 54) lo hizo como consecuencia de la concesión de la amnistía *de iure* por el delito de rebelión. La boleta de libertad respectiva se libró el 11 de abril de 2018. No aparece constancia de que haya recurrido esta providencia.



declaraciones en las cuales, en su opinión, se demuestra su inocencia con respecto a estos hechos¹⁰.

10. En el informe de contextualización de la UIA, del 1 de octubre de 2018, se afirma que el Frente 42 de las FARC-EP operaba con sus *Milicias Bolivarianas Simón Bolívar* en la zona del municipio de Silvania. Las acciones características del Frente 42 eran ataques a estaciones de policía, secuestros extorsivos a empresarios y acciones de control social, como *asesinatos selectivos a civiles por comportamientos censurados por la comunidad (castigo a abigeatos)* (Pp. 13 del informe). La UIA no encontró que los señores GUZMÁN DÍAZ y RUÍZ hicieran parte del organigrama de las FARC-EP. Recomienda entrevistar al señor Luis Carlos Chaparro Uribe, ex miembro del Frente 42, para que dilucide los roles de GUZMAN y RUÍZ en la estructura guerrillera (fls. 117 -131).

11. Esta diligencia no se realizó porque, de acuerdo con el Fiscal de Apoyo II de la Fiscalía 3 ante Tribunal de la UIA, *en entrevista realizada al compareciente, este, negó cualquier vínculo o relación con las extinta[s] FARC-EP, razón por la cual estim[é] que no era necesario adelantar dicha diligencia*¹¹.

12. En el informe del GRANCE-UIA del 14 de mayo de 2019 se comunica que no es posible determinar si la Policía Nacional ejercía funciones militares en la zona de Silvania (fl. 140). Mediante oficio del 3 de julio de 2019 aportan un nuevo estudio del GRANCE en el que se reitera la misma conclusión. Se indica que el agente de policía era efectivo de la Estación de Policía de Arbeláez y que el día de los hechos había terminado el primer turno de vigilancia y se dirigía a visitar a su familia que residía en el municipio de Tibacuy. Analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el carácter civil de la policía y su ubicación en una zona gris, dada la naturaleza del conflicto colombiano. Dentro de las funciones de la policía, conforme al Reglamento del Servicio de Policía, está la prestación de asistencia militar. Esto podría ponerlos en situaciones de combate y otras acciones que podrían considerarse parte del conflicto armado interno. Concluyen señalando que i) la Policía Nacional no tiene funciones permanentes ni transitorias militares, realiza operaciones coordinadas con las Fuerzas Militares y con otras entidades del Estado; ii) Orgánicamente forma parte del Ministerio de Defensa; iii) Existen grupos especiales para contrarrestar las denominadas amenazas

¹⁰ El compareciente aporta un video del 23 de septiembre de 2011 de Justicia y Paz, en el cual el señor Mauricio Urrego Barbosa, miembro de las FARC-EP, reconoce en versión libre su responsabilidad en el homicidio agravado del agente de policía Néstor Jairo Bohórquez Páez. Afirma que lo asesinaron por orden de alias *Emilio* y que el señor Guzmán Díaz no fue partícipe del hecho. Informa que está condenado por los hechos por el Juzgado Segundo Especializado. Este video fue mencionado por la SAI en su decisión (párrafo 44), pero no se consideró como uno de los elementos de prueba que fundamentaba la decisión final, en tanto debe ser analizado dentro del marco de una posible acción de revisión (Párrafo 132). El contenido de este video también fue objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia en la acción de revisión presentada por el compareciente.

¹¹ Informe UIA del 4 de julio de 2019. En el informe no se aclara si el compareciente al cual se refiere es Luis Alberto Guzmán Díaz o Luis Carlos Chaparro Uribe. En todo caso, en la identificación del radicado del expediente se establece como compareciente en el proceso radicado bajo el número 20181510119032 al señor Guzmán Díaz.



terroristas; y, iv) no es posible dar respuesta a la pregunta sobre las funciones de la Policía Nacional en la zona y en el periodo 2000-2016, por lo que se sugiere que se pida al comandante de la Estación de Policía de Arbeláez que informe sobre los servicios de policía cumplidos por el agente asesinado y si la unidad a la que pertenecía realizó operaciones coordinadas con las Fuerzas Militares (fl. 193)¹².

13. Mediante Resolución SAI-AOI-T-ASM-049-2019 del 4 de julio de 2019 (fl. 195), la SAI declaró cerrado el trámite y corrió traslado a los sujetos procesales. La apoderada del compareciente presentó sus alegatos solicitando la concesión del beneficio de amnistía, dado que su cliente fue condenado por su pertenencia a las FARC-EP, y el homicidio fue cometido en contra de un miembro de la Fuerza Pública, lo que hace que la conducta tenga relación con el conflicto. Debido al cumplimiento de los factores personal, material y temporal considera que se dan todos los elementos para conceder la amnistía por el homicidio.

14. El delegado de la Procuraduría presentó también sus alegatos finales. En su escrito afirma que la sentencia es clara en cuanto a la pertenencia a las FARC-EP del compareciente. Adicionalmente, considera que, de los elementos obrantes en el expediente, se puede colegir que el delito de homicidio fue cometido en cumplimiento de una directriz del grupo subversivo y, por tanto, se da la relación de la conducta con el conflicto. El Ministerio Público considera que la pregunta relevante es si el agente asesinado era persona protegida conforme al derecho humanitario, o se trataba de una

¹² La SA solicitó información sobre las funciones desarrolladas por el Agente Néstor Jairo Bohórquez Páez, pero en oficio S2020/DISPO 1-ESTPO.11-3.1 del 6 de febrero de 2020, remitido a la JEP por oficio 008366/SEGEN-ASPEN 1.10 de la Secretaria General de la Policía Nacional, fechado el 18 de febrero de 2020, se responde que “*que una vez verificado el archivo que se encuentra reposada en el distrito de policía (minutas de guardia, minuta de servicio, libro de población se puede evidenciar que en el libro de la minuta de guardia del año 2002 en los folios 6.7,8,9,11,12,15,16 y año 2003 los folios 392,393 las funciones que desarrollaba el señor Agente NESTOR JAIRO BOHORQUEZ PAEZ como comandante de guardia de la estación de Policía Arbeláez, a su vez nos informa que no se encuentra ninguna información acerca de dicho funcionario*”. En la Resolución No. 9857 de 1992 del Ministerio de Defensa se definen las funciones del Comandante de Guardia, así: “**ARTICULO 14o. COMANDANTE DE GUARDIA.** Es el superior inmediato de la guardia. Este servicio es prestado por un suboficial o dragoneante, nombrado por la Orden del Día de la unidad respectiva, por un término máximo de 24 horas, para garantizar la seguridad y vigilancia de una unidad o instalación policial. **PARAGRAFO.** El Comandante de Guardia cumple las funciones establecidas en el Manual de Funciones y Requisitos Mínimos. (Anexo No.5)”. Estas son: “**FUNCIONES** 1. Organizar y supervisar los servicios de la guardia de la unidad 2. Cumplir las funciones que se le determinen a la guardia en el plan de defensa de la respectiva unidad o instalaciones y en los demás casos dispuestos para las situaciones de emergencia. 3. Ordenar, izar y arriar los pabellones a las horas reglamentarias y practicar con el personal los honores correspondientes. 4. Efectuar el relevo de la guardia, de acuerdo con lo establecido en los reglamentos. 5. Distribuir al personal en los turnos correspondientes, de acuerdo con la aprobación del Oficial de Servicio. 6. Inspeccionar al personal de centinelas para constatar el cumplimiento de sus deberes. 7. Instruir al personal e impartirle órdenes y consignas emitidas por los superiores y comprobar que conoce los planes de contingencia. 8. Rendir con la guardia los honores previstos en los reglamentos institucionales. 9. Ejercer control sobre el público y vehículos que entran y salen de las instalaciones y disponer la revisión de paquetes. 10. Responder por el mantenimiento y conservación de armamento, instalaciones y elementos sobre los cuales la guardia ejerce control. 11. Revistar al personal que entre de guardia, comprobando que el armamento, equipo y su presentación corresponda a las disposiciones reglamentarias. 12. Atender las presentaciones del personal autorizado para salir de la unidad, controlar la llegada del mismo y hacer las anotaciones correspondientes en el libro de minuta de guardia. 13. Mantener la disciplina, orden y aseo dentro del recinto de la guardia y en sus inmediaciones, así como el alistamiento del personal. 14. Proponer actividades tendientes a incentivar al personal. 15. Revisar el estado del armamento y munición de los centinelas, al término del relevo de cada turno. 16. Las demás relacionadas con la naturaleza del cargo, que le asignen las leyes y reglamentos”. Anexo 5 de la Resolución mencionada.

persona que tomaba parte directa en las hostilidades. En su opinión, se trata de una infracción al derecho internacional humanitario que no es susceptible de amnistía o indulto. En consecuencia, solicita que se envíe el expediente a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas (SRVR) para que sea valorado y se decida si cabe enviarlo a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ). Finalmente, teniendo en cuenta que el señor GUZMAN DÍAZ niega toda participación en los hechos, pide que se analice si cabe su remisión a la Sección de Revisión, teniendo en cuenta que se trata de una acción especial rogada que debe cumplir ciertos requisitos formales.

La decisión recurrida y el recurso de apelación interpuesto

15. La SAI negó la amnistía solicitada mediante la Resolución SAI-AOI-D-ASM-051-2019 (fl. 219), por considerar que se trataba de un homicidio en persona protegida y, por tanto, un delito no amniable, conforme al artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. El fallo objeto de apelación encuentra que el homicidio agravado fue cometido por miembros del Frente 42 de las FARC-EP y el ataque a la Policía Nacional formaba parte de su accionar en la zona de Silvania, en donde ocurrió el acto delictivo¹³. Por tanto, de acuerdo con la decisión de primera instancia, *“los delitos por los cuales fue condenado el señor GUZMÁN DÍAZ se enmarcan en las acciones delictivas de las FARC-EP. En efecto, el GRANCE indicó, en su informe sobre las funciones militares de la Policía Nacional, que el secretariado de la extinta FARC-EP, [consideró a las fuerzas policiales como] un objetivo en su lucha política-militar. Razón por la cual, se puede identificar con facilidad la relación directa entre i) la pertenencia a las FARC-EP del señor GUZMÁN DÍAZ, ii) los hechos por los cuales fue condenado en la justicia ordinaria, y iii) el desarrollo del conflicto armado colombiano”*¹⁴.

16. Pese a ello, la SAI encuentra que no hay conexidad del acto cometido con el delito político, en los términos del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016¹⁵. Al considerar que el homicidio cometido es un crimen de guerra, conforme se define en el artículo 8 (c) del Estatuto de Roma, se niega la amnistía solicitada. Para la SAI, el delito cometido vulnera el principio de distinción, pues el agente asesinado no estaba tomando parte directa en las hostilidades, por lo cual tenía la condición de persona protegida. En consecuencia,

¹³ En la Resolución se sugiere que el homicidio fue cometido en venganza porque el uniformado habría participado en unos hechos en los cuales resultó muerto un guerrillero, pero no se especifica la naturaleza de esos hechos.

¹⁴ Fl. 234 reverso. Párrafo 103.

¹⁵ La SAI califica el acto como un crimen de guerra, pero sin hacer una variación de la calificación jurídica de la conducta, conforme a lo dispuesto en los artículos 23, 62 y 81 de la Ley 1957 de 2019. Sostiene la Sala de Justicia en la decisión objeto de esta alzada: *“125. Por todo lo anterior, concluye la Subsala que, en este caso, se está en sede de un crimen de guerra de la misma gravedad de aquellos establecidos en el artículo 8(c)(i) del Estatuto de Roma. En consecuencia, por su propia naturaleza, no puede ser amniable, siguiendo lo establecido en el numeral 1 del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. Así las cosas, no se continuará con el siguiente nivel de análisis de nexos con el delito político frente a este hecho. Por el contrario, se negará el beneficio de amnistía al señor LUIS ALBERTO GUZMÁN DÍAZ por el delito de homicidio agravado por el cual fue condenado en el proceso penal No. 2500-31-07-002-2004-00020-00”*.



y dando aplicación al artículo 25 de la Ley 1820 de 2016, se dispuso el envío del expediente a la SRVR.

17. La SAI se abstiene de decidir, por falta de competencia, sobre la revisión de la decisión que condena al apelante por el homicidio cometido¹⁶, sobre el pago de los perjuicios ordenados en esa providencia y sobre la suspensión de la libertad condicionada.

18. La apoderada del compareciente apeló la decisión que niega la amnistía. En el escrito de apelación se presentan los hechos relevantes del caso, entre ellos la concesión de la amnistía *de iure* al solicitante por el delito de rebelión y la negativa de la SAI de conceder el beneficio definitivo por el delito de homicidio agravado. Posteriormente cita las consideraciones de la Sala para negar la amnistía. Agrega que “[r]especto de lo anterior es importante señalar que, si bien el A quo enlista los requisitos de la Ley 1820 de 2016, no consideró de fondo el Art. 27 de la misma normatividad, que amplía el aspecto probatorio para determinar con certeza que los hechos objeto de estudio “son de gravedad equivalente a un crimen de guerra” pues basó su decisión en lo establecido por la justicia ordinaria, así como la información allegada por el Grupo de Análisis, Contexto y Estadísticas “GRANCE” y una información incompleta allegada por parte de la UIA, pues no acató la orden de la magistratura de entrevistar al señor LUIS CARLOS CHAPARRO URIBE, alias Arcesio, antiguo integrante del frente 42 las FARC, quien conforme a CD allegado por mi representado, se atribuyó ante Justicia y Paz haber participado en el homicidio del señor NESTOR JAIRO BOHÓRQUEZ PÁEZ, lo que lo hace un testigo clave en los sucesos que dieron lugar al delito por el cual mi representado fue condenado en la justicia ordinaria y solicitó el beneficio de amnistía”. Con base en todo ello, considera que se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley 1820 de 2016, en materia de favorabilidad y debido proceso, “de manera que la Jurisdicción Especial para la Paz no puede quedarse corta probatoriamente sacrificando la verdad”. Y por ello considera necesario que se practique la entrevista al señor Luis Carlos Chavarro Uribe para ampliar circunstancias de “tiempo, modo y lugar de la muerte del señor Bohorquez, para de esta manera llegar a una decisión justa, legítima y respetuosa del debido proceso y demás garantías fundamentales del solicitante”. Mediante Resolución SAI-AOI-DR-ASM-002-2019 del 17 de octubre de 2019 se concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

19. La SA, durante el trámite de apelación, emitió el auto TP-SA-ECM-034 del 16 de enero de 2020, con el fin de contar con diversos conceptos para enriquecer el debate

¹⁶ La SAI sostiene, en la decisión apelada (párrafo 132), que “[e]n cuanto a la manifestación de inocencia mencionada por el compareciente en la entrevista practicada por la UIA, es preciso señalar que esta Sala no es competente para pronunciarse sobre la responsabilidad penal del mismo. En igual sentido, esta Sala también carece de competencia para revisar la decisión adoptada en la justicia ordinaria. La función de revisión de decisiones judiciales corresponde a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la JEP. Por tal motivo, se solicitará al defensor técnico (sic) del señor GUZMÁN DÍAZ que le brinde asesoría jurídica sobre la posibilidad, de ser pertinente, de presentar una solicitud ante dicha Sección”.



sobre los temas principales del caso bajo estudio. Para ello invitó a las organizaciones de la sociedad civil y a personas expertas, para que enviaran sus escritos antes del 28 de febrero del año en curso¹⁷. Se recibieron conceptos de las siguientes personas y entidades:

19.1 Louise Mallinder de la Escuela de Derecho de *Queen's University*, en Belfast (Irlanda del Norte).

19.1.1 Para la profesora Mallinder, si bien en la práctica de algunos Estados no se distingue entre infracciones graves y leves, por lo que todas serían constitutivas de crímenes de guerra, la posición más aceptada es aquella que hace la diferencia entre una y otra. La amnistía por infracciones simples no vulnera el deber del Estado de investigar y sancionar. Por tanto, es necesario determinar el punto en el cual se debe trazar la línea divisoria entre una y otra forma de infracciones al DIH. Las Convenciones de Ginebra y el Protocolo I adicional de 1977 (PA-I) definen algunas conductas como graves violaciones y, por tanto, el Estado tiene la obligación de investigar y sancionarlas. Con respecto a otras infracciones que no son graves, dentro de las que incluye las infracciones serias en un CANI, el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para que no se sigan cometiendo, pero no hay una obligación similar a la que existe cuando se trata de graves violaciones.

19.1.2 En el Derecho Internacional Humanitario (DIH) previo al Estatuto de Roma de 1998 (ER), las infracciones cometidas en un conflicto armado de carácter no internacional no pueden ser consideradas graves violaciones. Pero la práctica de los Tribunales Internacionales, especialmente en el caso *Tadic* del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), decidido por la Cámara de Apelaciones en 1995, y el derecho escrito y consuetudinario desarrollado en la década del 90 expandieron la noción de crímenes de guerra a las infracciones graves cometidas en un Conflicto Armado de Carácter no Internacional (CANI). En el caso *Tadic* de 1995 se señalan cuatro criterios para determinar cuándo se está en presencia de una infracción grave:

¹⁷ Las preguntas formuladas en relación con este proceso en el auto AP-TP-SA-ECM-034 del 16 de enero de 2020 fueron las siguientes: a) ¿Cuál es el estado del derecho internacional actual en cuanto al sentido y alcance del concepto de crímenes de guerra? ¿Cómo se regulan los crímenes de guerra a nivel doméstico? ¿Es toda infracción al derecho humanitario un crimen de guerra, tanto en conflictos armados internacionales y no internacionales? Se deberá precisar el desarrollo del derecho consuetudinario y de la jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia. b) ¿Cuál es el estado del derecho internacional en cuanto a la posibilidad de amnistiar infracciones e infracciones graves al derecho internacional humanitario? Se deberá precisar la diferencia entre los dos tipos de infracciones y cómo lo ha abordado la jurisprudencia internacional. c) ¿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 armados no internacionales y si se pueden considerar como personas protegidas y bajo cuáles circunstancias. En algunos casos se aceptaron los conceptos remitidos por fuera del término indicado, dada la importancia de contar con el mayor número de opiniones especializadas posibles.



- i) La violación debe constituir una infracción de una regla del DIH, lo que supone que haya un nexo con el conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no internacional.
- ii) La regla debe ser consuetudinaria o, si es parte de un tratado, debe cumplir con las condiciones del mismo. En todo caso, debe tenerse en cuenta lo que indica el artículo 10º del ER: *“Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”*. Especialmente para el caso de los CANI, debe analizarse si una regla consuetudinaria de derecho internacional humanitario existía al momento de comisión de la conducta.
- iii) La violación debe ser seria, esto es, debe constituir una infracción de una regla que protege valores importantes y debe suponer graves consecuencias para la víctima. EL TPIY ha sostenido que la violación al principio de distinción debe considerarse como una infracción grave¹⁸.
- iv) La violación debe implicar la responsabilidad individual de la persona que la comete.

19.1.3 El artículo 6(5) del Protocolo Adicional II de 1977 (PA-II) promueve que, al final de las hostilidades, se otorguen las amnistías más amplias posibles. El término amnistía se usa aquí para remover la responsabilidad penal antes o después de la condena. Los trabajos preparatorios del Protocolo II indican la resistencia de los Estados en ver limitada su capacidad para otorgar este tipo de beneficios. En una comunicación a la Fiscalía del TPIY en 1995, el CICR sostuvo que el artículo 6(5) del PA-II era el equivalente de la inmunidad del combatiente, quien no puede ser sancionado por el mero hecho de tomar parte en el conflicto armado. La práctica internacional muestra que el 49% de los acuerdos de paz celebrados entre 1990 y 2016 tiene medidas de amnistía por delitos de rebelión, sedición y pertenencia a organizaciones prohibidas.

19.1.4 En el concepto se hace una distinción entre las infracciones graves, propias de los conflictos armados internacionales; y las infracciones serias, que son más propias de los CANI. Cuestiona la interpretación del CICR con respecto al artículo 6(5), entendiendo que prohíbe las amnistías para los crímenes de guerra, los que define de una manera amplia. Considera que el recurso a los trabajos preparatorios es excepcional y solo se aplica cuando los términos del tratado son ambiguos y poco claros. Para la profesora Mallinder, debe recordarse que hasta la mitad de la década del noventa existía consenso alrededor del hecho de que en los CANI no se reconocía la figura de los crímenes de guerra. La práctica estatal posterior al tratado debe ser concordante, común y consistente, para que sirva de criterio de interpretación. En todo caso no es admisible la práctica contraria al tratado, pues supondría su modificación y no su interpretación.

¹⁸ Caso Pavle Strugar, Cámara de Apelaciones del TPIY. 22 de noviembre de 2002.



19.1.5 De acuerdo con el concepto, el CICR acude, en su estudio de 2005 sobre el derecho consuetudinario, a la costumbre internacional para demostrar que el artículo 6(5) del PA-II encuentra sus límites en los crímenes de guerra. La profesora Mallinder cuestiona ese estudio por las siguientes razones: i) Se cita evidencia limitada con respecto a la no amnistiabilidad de las infracciones serias al DIH; ii) Muchos de los Estados cuya práctica se cita no son parte del PA-II, y la que es citada sugiere una mayor aceptación de las amnistías, iii) las fuentes citadas no corresponden a contextos de CANI sino a contextos de comisión de crímenes de lesa humanidad durante gobiernos autoritarios o casos de desorden social, iv) No se muestra cómo se implementan las leyes que se mencionan como práctica estatal; v) el CICR solo aporta evidencia que fortalece su posición, pero no cita, dentro de los mismos casos, información contraria a su argumento. Por tanto, este estudio del CICR no proporciona una base empírica suficiente para probar que hay una práctica concordante, común y consistente entre los Estados parte del PA-II que prohíba la amnistía para las infracciones serias cometidas en un CANI o que apoye la existencia de una nueva regla de derecho internacional en ese sentido.

19.1.6 La jurisprudencia internacional no ha encontrado una regla que prohíba de manera absoluta las amnistías por infracciones serias en un CANI, y más bien prefiere hablar de una tendencia creciente en el derecho internacional. Además, no se han declarado inválidas las amnistías condicionadas, en las cuales hay una cierta forma de rendición de cuentas o procesos de reconciliación y de reparación a las víctimas.

19.2 Robert Heinsch, Andrés Felipe Morales Arias, Fernanda García Pinto y Ligia Lazzarini Monaco del Kalshoven-Gieskes Forum y la Leiden IHL Clinic de la Universidad de Leiden.

19.2.1 En el concepto se parte de la definición de crímenes de guerra como una violación a las leyes y usos de la guerra, tal y como se presentó en el Tribunal de Nuremberg. Citan como fuentes de la noción moderna de crímenes de guerra a las Convenciones de Ginebra de 1949 y el PA-I, pero aplicables solo a Conflictos Armados de Carácter Internacional (CAI). No hay referencia en el artículo 3º común a las Convenciones de 1949 ni en el PA-II a los crímenes de guerra. Se cita la jurisprudencia del TPIY, el caso *Tadic* en la decisión de la Cámara de Apelaciones de 1995, sobre la aplicabilidad de la categoría crímenes de guerra en un CANI y los criterios para su definición. En todo caso, se agrega, la noción de graves infracciones no es propia del CANI, sin perjuicio de la tendencia a armonizar la noción en los dos tipos de conflicto. Citan el estudio sobre el derecho consuetudinario del CICR, que destaca que la seriedad de la conducta se determina por el riesgo a las personas protegidas y si viola valores importantes. Sin embargo, este criterio tiene menos importancia luego de la codificación hecha en el



artículo 8º del ER. Sólo las serias y graves violaciones al DIH pueden ser consideradas como crímenes de guerra, sin embargo, la lista de crímenes de guerra varía entre un CAI y un CANI.

19.2.2 En el caso colombiano, el Código Penal ha sido usado para la clasificación de los crímenes de guerra, incluso si la terminología no refleja la de la Convención de Ginebra. Considera que la incorporación del ER a la legislación colombiana y lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1957 de 2019 parece indicar que se adopta un modelo monista de aplicación del derecho internacional y que la concepción del principio de legalidad estricta no es aplicable a la JEP.

19.2.3 Se indica que hay una diferencia entre las infracciones graves y las violaciones serias. Las primeras son consideradas como crímenes de guerra. En el caso *Tadic* se mencionan otras violaciones serias al DIH, no contempladas en el régimen de las Convenciones de Ginebra de 1949 y del PA-I como infracciones graves.

19.2.4 En el análisis de la posibilidad de amnistiar graves infracciones al DIH cometidas en un CANI, estudia la interpretación del CICR, que sostiene que la norma contenida en el artículo 6(5) del PA-II encuentra su límite en los crímenes de guerra, que no son susceptibles de amnistía. Sin embargo, la *Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* (2013), de la Universidad de Ulster, va en contra de esa interpretación, ya que la práctica estatal no demuestra que la prohibición de otorgar amnistías a personas que cometieron crímenes de guerra haya alcanzado la categoría de una norma consuetudinaria del derecho internacional. No hay consenso al respecto, pero sí se sugiere que está cristalizando una norma que prohíbe las amnistías sobre este tipo de delitos.

19.2.5 En cuanto al estatus de las fuerzas de policía en el DIH, sostienen que en circunstancias normales constituyen una entidad separada de las fuerzas armadas del Estado. Esto se deriva de lo establecido en los artículos 50 del PA-I y 4º de los Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del PA-I, las fuerzas de policía pueden ser incorporadas formalmente a las fuerzas armadas, siempre que se haya notificado a la parte contraria. En ausencia de un acto formal, esta incorporación se evaluará conforme a los hechos y a la luz de los criterios que definen a las fuerzas armadas. Pero también se puede dar que un miembro individual tome parte en las hostilidades, por lo que pierde su condición de civil y la protección acordada por el DIH. Esta excepción es importante, teniendo en cuenta que, en muchos casos, en un CANI el uso legítimo de la fuerza puede ser confundido con la participación en las hostilidades. Si se trata de operaciones de cumplimiento de la ley, y falta cualquiera de los criterios de participación en las hostilidades, la policía retiene su estatus de persona protegida.



19.2.6 En Colombia la policía se define como un cuerpo civil, y su ubicación en el Ministerio de Defensa no afecta su naturaleza. Sin embargo, una aproximación contextual muestra que la policía también participa de las hostilidades. Esto se ve en la creación de unidades anti guerrilla y la conducción de operaciones conjuntas con las fuerzas militares, así como la inclusión de este cuerpo dentro de la categoría fuerza pública. Teniendo en cuenta esos elementos, concluyen señalando que esos miembros de la policía, ya sea que pertenezcan a una unidad contra guerrilla o actuando con las fuerzas militares, pierden la protección que el DIH acuerda a las personas civiles. Así, en principio, las fuerzas de policía bajo el DIH tienen una naturaleza civil, pero ese estatus puede cambiar en caso de que tomen parte directa en las hostilidades.

19.3 Juliana Bustamante Reyes, Daniela Gómez Fernández, Valentina Niño Campos, Yinna Fernanda Figueredo Urrea y Paola Andrea Santamaría Socha del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS) de la Universidad de los Andes, de Bogotá.

19.3.1 Para las integrantes del programa PAIS, los crímenes de guerra son infracciones graves del derecho internacional humanitario (DIH) que se cometen durante un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no internacional. Estos han sido estandarizados en el Estatuto de Roma de 1998 (ER). Se resalta que *“el DIH considera los crímenes de guerra como graves infracciones al DIH y, por lo tanto, no toda infracción al DIH constituye un crimen de guerra”* (pp. 6).

19.3.2 En cuanto a la legislación colombiana se sostiene que, para la Corte Constitucional, en la sentencia C-1076 de 2002, los crímenes de guerra son ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional. El concepto destaca la necesidad de que el acto haya sido cometido en conexión con el conflicto armado, ese nexo debe ser cercano y suficiente. También se cita la legislación que incorpora diferentes tratados internacionales de DIH, incluido el ER. En desarrollo de esa legislación, el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), incorporó un capítulo de delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH. Los tipos penales allí contenidos se aproximan a las estipulaciones del ER. Las fuentes de los crímenes de guerra se encuentran en el derecho escrito (tratados) así como en la costumbre internacional. *En este sentido, la realización de una conducta que implique una grave vulneración al DIH y que sea considerada parte de la costumbre internacional, podrá ser catalogada como un crimen de guerra, independientemente de si se ha cometido en un conflicto nacional o internacional* (pp. 10). En un proceso de justicia transicional se pueden otorgar las amnistías más amplias posibles. Sin embargo, esta recomendación encuentra su límite en los crímenes de guerra, los cuales no pueden ser



objeto de este beneficio. Así se infiere del artículo 50 de los Convenios de Ginebra de 1949 y de la jurisprudencia internacional¹⁹.

19.3.3 Las infracciones al DIH pueden ser graves o simples. Pero esta distinción solo aparece con los Convenios de Ginebra de 1949 y el PA-I. En el artículo 85-5 de este instrumento, se indica que las infracciones graves se consideraran como crímenes de guerra. Esto significa que la amnistía solo se puede conceder por infracciones simples.

19.3.4 En cuanto al estatus de las Fuerzas de Policía se afirma que la Policía Nacional es un cuerpo civil armado que goza de la protección contra ataques, conforme al DIH. Sin embargo, en situaciones de conflicto los distintos actores pueden asumir roles que no están completamente definidos. Se cita el Código de Conducta de las Naciones Unidas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el que se sostiene que se debe analizar la acción realizada y no el funcionario que la ejecuta. A partir de este criterio, que denominan funcional, *“aquellos miembros que realicen misiones militares tendrán la consideración y el estatuto de combatiente y, en ese sentido, cuando estos funcionarios participan directamente en las hostilidades, deben respetar las normas de Derecho Internacional Humanitario (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015)”* (pp. 15). Se cita también un informe del año 1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, que afirma que es consciente de que la Policía Nacional no ha sido incorporada formalmente a las fuerzas militares. Pero, algunos de sus miembros sí han tomado parte directa en las hostilidades, por lo que estas personas individuales, como mínimo, pierden su inmunidad frente a ataques durante el tiempo en el que participen en las operaciones militares.

19.4 María Camila Correa Flórez, Juan Francisco Soto Hoyos, Andrés Felipe Martín Parada, Laura Restrepo Acevedo, Joel Moris Fernando Ramírez Mendoza, Lina Daniela Palacios Ramírez, Martín Perilla Alvarado, Natalia Galindo Leudo, Lucía Gutiérrez Gómez, Luis Miguel Montufar Correa, Juliana Andrea Botia Vargas y Juan Camilo Vivas Muñoz del Semillero de Investigación de la Jurisdicción Especial para la Paz de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en Bogotá.

19.4.1 El Semillero de Investigación de la Jurisdicción Especial Para la Paz de la Universidad del Rosario rindió concepto sobre los asuntos que son de interés para este proceso. En el estudio se cita la definición del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que en el artículo 6º de su Estatuto define los crímenes de guerra como la violación de las leyes o usos de la guerra. Igualmente cita la Resolución 2391 de 1968 de la Asamblea de la ONU que define a estos crímenes como las infracciones graves enumeradas en las Convenciones de Ginebra de 1949. El PA-I señala que las infracciones graves al DIH son crímenes de guerra. El ER codifica los crímenes de

¹⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs Perú, 2006.



guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales. Sin embargo, no toda infracción al DIH puede ser considerada como un crimen de esta naturaleza.

19.4.2 Para los autores y las autoras del concepto, en el Código Penal colombiano se incluyen los crímenes de guerra y se elimina el criterio de gravedad, necesario para configurar este crimen internacional. Los crímenes de guerra cometidos en un CANI no son amnistiables, según el derecho consuetudinario. Citan las decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), en la impugnación sobre la amnistía otorgada por el Acuerdo de Lomé de 2003, y del TPIY, en el caso Furundzija, en el que se señala que la amnistía no excluye el enjuiciamiento por crímenes de guerra. Concluyen señalando que, *“en algunas circunstancias, las amnistías son permitidas para delitos políticos en materia internacional, es decir, delitos legítimamente castigados y enjuiciados de conformidad con normas internacionales que pueden hacer avanzar los objetivos del DIH al permitir que los prisioneros de guerra que se encuentren enfermos regresen a su lugar de origen con el fin de reducir las condiciones precarias de las cárceles en diferentes Estados. No obstante, en otros casos, como se evidenció frente a crímenes de guerra, por ejemplo, las amnistías no son posibles, dada la gravedad de los actos cometidos”* (pp. 6).

19.4.3 Con respecto a las Fuerzas de Policía, en el concepto se indica que, en principio, tienen el mismo tratamiento de civiles y, por tanto, son personas protegidas por el DIH. Este principio se refuerza con la distinción entre neutralidad y beligerancia, contenida en el artículo 16 de la Convención de La Haya de 1907, según la cual los servicios en materia de policía no se considerarán como cometidos en favor de un beligerante y, por tanto, conservarán su condición de neutrales y civiles. Esta calidad se pierde cuando participan directamente en las hostilidades y cuando están formalmente incorporados a las Fuerzas militares. En este caso la condición de combatiente se extiende hasta finalizar su participación.

19.4.4 Dentro del concepto se menciona la distinción en el derecho internacional entre el derecho de policía (*law enforcement*) y el DIH, cuando se trata de operaciones del cuerpo de policía, ya sean estén de naturaleza civil o militar. Se sostiene que, si las tareas se limitan a las actividades habituales de aplicación de la ley y no tienen relación alguna con las operaciones militares, el personal de policía debe ser considerado como civil a los efectos del DIH. *“En este orden de ideas, si la policía civil se encuentra en un contexto de conducción de hostilidades entre partes en un conflicto, y su función se restringe a mantener el orden público, su condición de civil se conserva. Lo anterior se entiende en lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 59 del Protocolo I, según el cual las fuerzas de policía que tengan la finalidad de mantener el orden público en localidades no defendidas —lugar donde las fuerzas armadas estén en contacto y que este abierta a la ocupación por una Parte adversa—, no podrán cometer actos de hostilidad, ni emprender actividad alguna en apoyo de operaciones militares. Lo anterior, con el objetivo de cumplir con la finalidad de protección a civiles y conservar su calidad*



de persona protegida” (pp. 7). En apoyo de esta conclusión, se cita el Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre Colombia (1999), en el cual se afirma que la legítima defensa frente a actos hostiles no es incompatible con la condición de civil. Igualmente, la realización normal de actividades de aplicación de la ley por parte de los miembros de la policía civil durante situaciones de hostilidades no puede considerarse, en principio, como un acto hostil que suponga una amenaza de daño para los oponentes del Estado.

19.4.5 También se cita la jurisprudencia internacional, que distingue entre las operaciones de aplicación de la ley y la conducción de hostilidades²⁰. En el caso RUF, del Tribunal Especial para Sierra Leona se concluyó que las fuerzas de policía solo se convertirían en objetivos militares legítimos si participaban directamente en las hostilidades, y solo durante el tiempo de su participación. *La Sala sustentó que la cuestión de si los civiles han participado directamente en las hostilidades, dicha participación entendida como “los actos que, por su naturaleza o finalidad, tienen por objeto causar daños efectivos al personal y material del enemigo”, debe decidirse en función de los hechos concretos de cada caso y debe existir una relación causal suficiente entre el acto de participación y sus consecuencias inmediatas”* (pp. 8).

19.4.6 Sin embargo, si se da una orden oficial o informal de apoyo a las Fuerzas Militares dentro de una operación militar, los miembros pierden la condición de personas protegidas, hasta que abandonen su unidad o sean dados de baja de forma duradera de las operaciones militares. En los casos de incorporación formal, dentro de un conflicto armado de carácter internacional, se informará a la otra parte. Si la incorporación no es formal, se evaluará conforme a los hechos y a la luz de los criterios de definición de las fuerzas armadas.

19.4.7 Finalmente aporta algunos elementos a tener en cuenta para el caso de los miembros de la Policía Nacional de Colombia: i) Son parte de la Fuerza Pública y adscrita al Ministerio de Defensa, conforme al decreto 1814 de 1953; ii) Es necesario diferenciar entre sus direcciones o grupos de trabajo, dado que algunas pueden estar más o menos conexas al contexto del conflicto armado; iii) la condición de la Policía como persona civil puede generar dificultades desde un punto de vista contextual, como por ejemplo las acciones del GAULA en coordinación con el Ejército o del ESMAD en zonas rurales.

19.5 Martha Maya Calle, del Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT), de la ciudad de Bogotá.

²⁰ Caso Johan *Tarčulovski* (Caso N. IT-04-82-T).



19.5.1 El IFIT analiza inicialmente el concepto de crímenes de guerra. Lo define como una infracción grave al DIH, y considera que solo tiene lugar en los conflictos armados internacionales, ya que ni el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra ni el PA-II - que aplican a los CANI- tienen un régimen penal. *“Como resultado, los crímenes de guerra en los CANI históricamente han sido definidos casi exclusivamente por el derecho internacional consuetudinario y el derecho interno de cada Estado”* (pp. 3). El ER se convirtió en el primer tratado internacional en atribuir responsabilidad penal internacional por crímenes cometidos en un CANI, aunque la lista de actos es mucho más corta que la de los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional.

19.5.2 Se cita el artículo 6(5) del PA-II y se sostiene que la práctica de los Estados apunta a un uso amplio de las amnistías. El derecho consuetudinario no tiene una prohibición de amnistías para los crímenes de guerra cometidos en un CANI, como sí la tiene para los CAI. Sin embargo, las amnistías incondicionadas vienen siendo revocadas por los tribunales internacionales. En *Gomes Lund v Brasil*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) afirmó que las amnistías podrían formularse de tal manera que podrían jugar un papel importante en un proceso de justicia transicional y democratización. *“Por lo tanto, en la medida en que las amnistías logren incentivar la contribución a la reparación de las víctimas y la no repetición de las violaciones, estas pueden ser figuras ideales para contribuir a la reconciliación, para lograr democracias más fuertes, mayor protección de derechos humanos y prevenir futuras atrocidades. De hecho, si la amnistía tiene elementos fuertes que le permitan garantizar que sus beneficiarios van a contribuir a la satisfacción del derecho a la verdad y la reparación, puede incluso ser entendida como una amnistía restaurativa”* (pp. 6). El marco constitucional y legal de Colombia excluye la posibilidad de otorgar amnistías a crímenes de guerra, pero permite utilizar otras herramientas para garantizar que la JEP se concentre en los más responsables de los crímenes más graves.

19.5.3 En cuanto a la condición de personas protegidas de los miembros de la Policía Nacional, el IFIT sostiene que el DIH para los CANI no define la condición de persona civil, sino simplemente dice que ese cuerpo normativo brinda protección a quienes no toman parte directa en las hostilidades. Sin embargo, en la práctica se aplica el principio de distinción. La práctica estatal es variada en cuanto a la asimilación de las fuerzas de policía a las fuerzas militares de los Estados. En el concepto se indica que *“[e]l DIH que rige a los CANI es aún más silencioso en cuanto al estado de otros actores gubernamentales, incluidos los agentes de policía, en escenarios de conflicto. Ni los tratados ni la costumbre contienen reglas claras que rijan el estado o el tratamiento de dichos agentes gubernamentales en los CANI. Según la doctrina, las razones de este vacío legal son tres: a) una práctica según la cual los actores estatales (incluidos los agentes de policía) no necesitan del Derecho Internacional para justificar su participación en un CANI ya que las acciones adoptadas por un Estado para defenderse contra una insurgencia se encuentran en el corazón mismo de la soberanía y la*



seguridad nacional; b) una política según la cual los Estados generalmente se han resistido a la creación de reglas que equiparen los CAI y los CANI, dotando a los segundos de mayor flexibilidad y evitando conferir legitimidad a las fuerzas rebeldes; y c) una académica por cuanto hasta el momento no hay consenso sobre este punto entre los expertos” (pp.9).

19.5.4 Dado que el DIH no regula el estatus o la identidad de todas las fuerzas que los Estados podrían desplegar contra los grupos armados en un CANI, debe acudir a la legislación nacional para poder dar respuesta a la condición de persona protegida de estas fuerzas. El Tribunal Especial para Sierra Leona analizó la fuerza de policía, que hacía parte del Ministerio de Interior, y sostuvo que como presunción general los cuerpos de policía son considerados como civiles para los efectos del DIH. Sin embargo, debe hacerse el análisis caso a caso, pues puede darse la incorporación, *de lege o de facto*, de una fuerza de policía a las fuerzas militares.

19.5.5 En cuanto a la policía colombiana, sostienen que ésta es definida como un cuerpo civil armado. Pero se reconoce por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que opera en una zona gris, dado que ha participado en las hostilidades y ha sido objetivo militar de la guerrilla. *“En conclusión, y de acuerdo con lo argumentado en la presente sección, los agentes de policía, como parte de la administración civil del Estado, deberían ser considerados civiles y, por lo tanto, personas protegidas bajo el DIH independientemente de la clasificación del conflicto. Sería entonces un crimen de guerra que un miembro de un grupo armado no estatal involucrado en un CANI atacara deliberadamente a un miembro de la policía nacional o municipal”* (pp.10). Si los agentes de policía participan directamente en las hostilidades pierden su inmunidad frente a los ataques, mientras estén participando en el combate.

19.6 Camila Andrea Rivera Mendoza, Laura Vanessa Mora Montañez, Ana María Moya Silva, Isabela Uribe Roa y Sofía Barrera Blanco de la Clínica Jurídica de Interés Público y de Derechos Humanos y del Semillero de Investigación de Justicia Transicional de la Universidad de la Sabana, de Bogotá.

19.6.1 En el concepto se parte de la base de que no existe un concepto unánime de crímenes de guerra, aunque sí ha prevalecido una postura que entiende a estos actos como violación o transgresión de las leyes o costumbres de la guerra concebidas en el DIH, siempre que tengan una naturaleza grave. Se muestra cómo en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg se definían los crímenes de guerra como violaciones a las leyes o usos de la guerra, sin cualificación alguna. Es con las Convenciones de Ginebra de 1949 y con el PA-I que se equiparan las infracciones graves al DIH con los crímenes de guerra. En apoyo de esta interpretación se cita la jurisprudencia del TPIY²¹, del Tribunal

²¹ Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal vs Tadic. Decisión sobre la Moción de Defensa Para la Apelación Interlocutoria sobre la Jurisdicción. Párrafo 94; TPIY. Sentencia de Juicio. Fiscal vs Music. Párrafo 279. 16 de noviembre de 1998. TPIY. Fiscal vs. Kunarac Sentencia. Párrafo 403.22 de febrero de 2001.



Penal Internacional para Ruanda (TPIR)²², y del TESL²³. En el ER se incluyen los crímenes de guerra como infracciones graves al DIH cometidas en un conflicto armado de carácter internacional o no internacional y en el caso Lubanga se definen expresamente como una *“grave infracción a las leyes y costumbres de la guerra”* (pp. 6). La práctica estatal también define, en la mayoría de los casos, a los crímenes de guerra como infracciones graves al DIH y así lo hace también el CICR en la norma 156 de su estudio sobre el Derecho Internacional Consuetudinario.

19.6.2 En cuanto a la determinación de la gravedad de la conducta, en la misma norma 156 se indica que para que se supere el umbral mínimo se requiere que la conducta ponga en peligro a personas o bienes protegidos o que vulnere valores importantes. El TPIY y el TPIR han destacado que la infracción será grave cuando se desconozca una norma que proteja valores importantes y genere graves consecuencias para la víctima. *“En el caso Fiscal vs. Galic, para analizar la gravedad de las conductas, se utilizaron criterios como el sufrimiento causado a las víctimas, la frecuencia de las acciones ilegales y el haber creado un ambiente de terror en miles de personas”* (pp. 11). Para las autoras del concepto, *“[l]a concepción de las conductas abordadas previamente como graves infracciones al DIH refleja, a su vez, un interés por garantizar, especialmente; (i) La protección de personas protegidas, (ii) la protección de los bienes civiles, (iii) la protección de prisioneros de guerra y (iv) la prohibición de los atentados contra la vida e integridad de las personas protegidas”* (pp.13).

19.6.3 Los crímenes de guerra se cometen en contextos de CAI o de CANI y la jurisprudencia internacional lo reconoce así. En el caso Furundzija, por ejemplo, el TPIY sostuvo que es irrelevante que la violación ocurra en el contexto de un conflicto armado internacional o interno²⁴.

19.6.4 En el caso colombiano, teniendo en cuenta que se ratificó el ER, la interpretación de qué es un crimen de guerra debe hacerse conforme a lo dispuesto en el artículo 8º del estatuto. Sin embargo, de acuerdo a lo señalado en la sentencia C-579 de 2013, el criterio de gravedad se complementa con el de sistematicidad. Para determinar la gravedad de la conducta debe tenerse en cuenta la escala de comisión de los crímenes, la naturaleza de los mismos, el impacto y los medios de ejecución, entre otros. *“[D]e la jurisprudencia nacional, así como de las disposiciones del mismo Código Penal, parece poder extraerse que la gravedad de las infracciones al DIH es intrínseca a aquellas conductas que ya han sido definidas en el Estatuto de Roma como crímenes de guerra, y que se corresponden con los delitos del título II del Código Penal. Por lo tanto, no parece requerirse un análisis adicional*

²² Tribunal Internacional para Ruanda. Fiscal vs. Akayesu. Sentencia. Párrafo 611.2 de septiembre de 1998; Tribunal Internacional para Ruanda. Fiscal vs. Bailishema. Sentencia. Párrafo 102. 7 de junio de 2001. Reiterado en: TPIR. Fiscal vs. Kamuhanda. Sentencia. Párrafo 736. 22 de enero de 2004

²³ Tribunal Especial para Sierra Leona. Fiscal vs Charles Ghankay Taylor. Acusación. 16 de marzo de 2006.

²⁴ TPIY. Fiscal vs. Furundzija. Sentencia. Párrafo 132. 10 de abril de 1998. Reiterado: TPIY, Fiscal vs Slobodan Milošević. Sentencia. Párrafo 16-17.16 de junio de 2004. TPIY. Fiscal v Krajišnik. Sentencia. Párrafo 842.27 de septiembre de 2006. TPIY. Fiscal vs. Dragomir Milošević. Sentencia. Párrafo 879.12 de diciembre de 2007.



de la gravedad como un elemento para calificar una conducta como un crimen de guerra. Esta conclusión también parece ser avalada por la Fiscal de la Corte Penal Internacional que, en su informe sobre Colombia de 2017, analizó la ley 1820, en especial el artículo 23 en el que se dispone cuáles conductas no son amnistiabiles, y se había contemplado que los “graves crímenes de guerra” no lo serían. En su informe la Fiscal estableció que la gravedad no es un elemento constitutivo del crimen de guerra. Por lo tanto, más bien la existencia del crimen presupone la gravedad de la infracción al DIH” (pp.17). No existe una cualificación especial para el sujeto activo de la conducta. El hecho de pertenecer a un grupo armado que toma parte en el conflicto es un elemento para probar la comisión del delito, pero no es constitutivo del mismo.

19.6.5 En cuanto a las amnistías para los crímenes de guerra, se cita la norma 159 del CICR sobre derecho consuetudinario y que establece como límite a lo dispuesto en el artículo 6(5) del PA-II precisamente la comisión de crímenes de esta naturaleza, sin distinguir si se trata de delitos cometidos en el marco de un CAI o de un CANI²⁵. En el marco constitucional y legal colombiano están prohibidas las amnistías por crímenes de guerra, por lo que en estos casos subsiste el deber del Estado de investigar y sancionar.

19.6.6 En cuanto al estatus de los cuerpos de la Policía en los CANI, se presentan dos posiciones, aclarando que en el DIH no hay prevalencia de una sobre la otra. La primera postura se refiere a la condición de la Policía Nacional como parte de las Fuerzas Armadas. En principio, de la definición de Fuerzas Armadas puede inferirse que la Policía pertenece a ellas, ya que tienen un mando responsable, tienen símbolos distintivos y visibles a distancia, llevan las armas ostensiblemente y, durante un conflicto armado, deben sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

19.6.7 Se parte de la definición de Fuerzas Armadas contenida en el artículo 43 del PA-I, que resulta, en su opinión aplicable a los CANI²⁶. Se cita la doctrina del CICR que aboga por una concepción ampliada de la noción de Fuerzas Armadas, dentro de la cual se incluye a la Policía²⁷. También se cita la Guía Interpretativa sobre la noción de participación directa en las Hostilidades bajo el DIH (GIPH), del CICR, que hace

²⁵ La norma 159 establece: “Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”.

²⁶ “Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.”

²⁷ Norma consuetudinaria 4; Registros Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del DIH aplicable en Conflictos Armados (1974-1977); Comentario de 1987 al PA-I; Comentario al artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra de 1949.



algunas precisiones: i) no hay razón para asumir que los Estados desearon definiciones diferentes de Fuerzas Armadas de acuerdo con la tipología del conflicto; ii) el concepto de fuerzas armadas en el PA-II es suficientemente amplio para incluir a la Policía; iii) este concepto incluye no solo a las fuerzas militares sino a otros grupos armados o unidades organizadas bajo un comando responsable ante el Estado. *“En consecuencia, es posible concluir que, las fuerzas policiales son susceptibles de categorizarse como fuerzas armadas, sin importar que en legislaciones nacionales no sean consideradas como fuerzas armadas. Esto siempre y cuando se logre demostrar que: (i) combaten para una de las partes del conflicto, según el artículo 4 consuetudinario, y (ii) cumplan con funciones de fuerzas armadas. Por lo tanto, si bien esta postura parece clara, tiene algunos elementos valorativos que deben ser analizados, y que pueden en todo caso excluir ciertas fuerzas de policía de las fuerzas militares, cuando, por ejemplo, cumplan funciones única y exclusivamente de protección a la población civil”* (pp.39).

19.6.8 Pero existe una segunda posición que sostiene que la Policía no hace parte de las Fuerzas Armadas, conforme al DIH, y, por lo tanto, tiene el estatus de persona protegida. En la GIPH se amplía el concepto de fuerzas armadas para incluir a la Policía Nacional siempre que de hecho asuman la función de fuerzas armadas. En consecuencia, teniendo en cuenta la protección otorgada a las personas civiles, para que la Policía pierda esa protección se requiere que cumpla una función de combate en favor de una de las partes. En el artículo 43 del PA-I se incluye a la Policía como parte de las fuerzas armadas, pero se exige que se notifique a las otras partes del conflicto. Esto significa que, en los CAI, la Policía no hace parte de las fuerzas armadas, a menos que se incorpore y se notifique de ello a las otras partes en el conflicto. El artículo 60.4 del PA-I regula las zonas desmilitarizadas y permite la presencia de las fuerzas de policía en estas zonas con el fin de mantener el orden público. Al no ser parte de las fuerzas militares, no ponen en riesgo la desmilitarización de la zona. En la discusión de los expertos y expertas para la elaboración de la GIPH se sostuvieron diferentes posiciones, como la asimilación de las fuerzas de policía a civiles en Kosovo; el hecho de considerar que la participación en operaciones militares de miembros de la policía no significaba que la institución como un todo se convertía en parte de las fuerzas armadas; otros expertos sostenían la necesidad de distinguir entre operaciones de cumplimiento de la ley (*law enforcement*) y operaciones militares; otro afirmaba que la distinción entre uno y otro dependía de si se había integrado o no a las fuerzas armadas, etc. *“Si bien algunas de estas consideraciones se enmarcaron en contextos deliberativos que pretendían definir qué era participación directa en hostilidades y qué no, cómo operaba ese concepto en conflictos armados internacionales o, por ejemplo, qué pasaba cuando una fuerza se incorporaba bajo el artículo 43 del Protocolo I Adicional a las fuerzas armadas, no por ello dejan de tener importancia para advertir que, en efecto, el tema sobre el estatus de las fuerzas policiales en el DIH sigue siendo debatible, en tanto no se puede concluir inequívoca e irrestrictamente que siempre sean fuerzas armadas”*(pp. 43).



19.6.9 Dada la complejidad del conflicto colombiano, el hecho de que no hay ni mandato ni prohibición de considerar a las fuerzas de policía como parte de las fuerzas armadas y que en Colombia se ha definido como un cuerpo civil armado, a pesar de depender del Ministerio de Defensa, se propone en el concepto lo siguiente: “(i) se parte de la base que en principio cumplen funciones civiles, por lo que no integrarían una de las partes del conflicto, (ii) algunas de sus unidades si tienen una vocación a combatir las partes en conflicto, especialmente con la militarización de partes de la policía, (iii) por lo tanto, la JEP deberá analizar por periodos de tiempo y por unidad de la policía si se trataba de partes en conflicto, con todas las consecuencias que esto acarrea, o si se trataba de un cuerpo civil que solo prestaba servicios de protección a la población civil” (pp. 44).

19.7 Sabine Michalowski, Michael Cruz Rodríguez, Mauricio Albarracín Caballero, Maryluz Barragán González, Juana Dávila Sáenz, Pablo Gómez Pinilla, Felipe Octavio León Villamil, Aaron Alfredo Acosta, Noam Lubell y Claire Simmons de la Essex Transitional Justice Network (EJTN), el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Essex Armed Conflict and Crisis Hub de la Universidad de Essex.

19.7.1 En este concepto se analizan dos temas, sólo uno de los cuales es de interés para los efectos de este trámite de amnistía, el relacionado con el estatus de los cuerpos de policía en el DIH. Para los autores y las autoras del concepto, “[e]xiste una presunción general de que los miembros de la Policía Nacional son considerados civiles desde la perspectiva del DIH 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 formal o informalmente dentro de las Fuerzas Armadas, dichos miembros sí pueden ser considerados como combatientes y, por lo tanto, objetivo legítimo de un ataque” (pp. 30).

19.7.2 En el concepto se parte de la presunción general de que los miembros de la policía son parte de la población civil y por tanto gozan de la protección acordada a los civiles por el DIH. Sólo hay dos excepciones: i) cuando el miembro de la policía es parte de un grupo específico o de una unidad que ha sido incorporada informalmente a las fuerzas armadas; y ii) cuando, desde una perspectiva ad-hoc, toma parte directa en las hostilidades, solo por el tiempo en que lo haga.

19.7.3 La presunción general de que la policía tiene naturaleza civil frente al DIH no es absoluta y debe analizarse con fundamento en las labores que efectivamente ha desempeñado en el marco del conflicto armado interno. En la sentencia T-280A de 2016, la Corte Constitucional reconoció que la policía se encuentra en una zona gris, ya que en ocasiones ha debido defender a la población civil en escenarios de guerra. La CIDH,



en su informe de 1999, también sostuvo que la policía perdía su condición de civil si tomaba parte directa en las hostilidades. Se agrega que para la CIDH “(...) *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*” (pp. 32). El estatus de persona protegida de los miembros de la policía se pierde cuando son incorporados de facto en las fuerzas armadas, que genera una pérdida permanente, o cuando toman parte directa en las hostilidades, que genera una pérdida temporal.

19.7.4 Para demostrar el primer punto se acude a la noción de función continua de combate, conforme a la GIDH, ésta “*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*” (pp. 33 nota 116). Esta incorporación se puede hacer formalmente, con un decreto o una ley, o informalmente, basándose en los hechos y a la luz de los criterios que sirven para definir a las fuerzas armadas. Si se cumplen estos criterios y se participa en las hostilidades, son considerados combatientes. “*Dado que la Policía Nacional, como un todo, no ha sido incorporada formal o informalmente a las fuerzas armadas, 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*” (pp. 34).

19.7.5 Partiendo de la GIDH y de su definición de fuerzas armadas, se entiende que algunos grupos de la Policía Nacional pueden estar incorporados de facto dentro de las fuerzas armadas colombianas, para efectos del DIH, si están armadas, operan a favor o de acuerdo y tienen un grado de organización militar suficiente, esto es, que tengan una estructura de mando, que pueda realizar operaciones de manera organizada, tenga un cierto nivel de logística, capacidad de aplicar el DIH y de hablar con una voz unificada.

19.7.6 Pero un miembro, de manera espontánea e individual, puede también participar directamente en las hostilidades y por tanto perder la protección acordada a los civiles



mientras dura esa participación. Para ello debe cumplirse con tres criterios acumulativos, tomados de la GIDH: “(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]” (pp. 37).

19.7.7 En el caso colombiano el artículo 218 de la Constitución Política define a la Policía Nacional como un cuerpo armado permanente de naturaleza civil. La Policía tiene primordialmente carácter preventivo, un sistema de instrucción y disciplina principalmente civil y el desarrollo complementario de funciones de colaboración judicial. Las normas constitucionales y legales que definen la estructura de la institución justifican la presunción general según la cual sus miembros son personas protegidas. Sin embargo, dada la complejidad del conflicto colombiano, esta presunción admite las dos excepciones mencionadas.

19.7.8 En un principio, la Policía Nacional era parte del Ministerio de Gobierno, pero con el decreto 1814 de 1953, emitido bajo la dictadura de Rojas Pinilla, se ubicó en el Ministerio de Guerra. Desde la creación, en 1965, del Ministerio de Defensa Nacional se ubicó a la Policía Nacional bajo el mando de ese Despacho. En la década del ochenta, con la expedición del Decreto 2137 de 1983, se recuperó su naturaleza civil y se le distinguió de las Fuerzas Militares. Como consecuencia de la reconfiguración, se instituyeron cuerpos para luchar contra el narcotráfico o atender la perturbación del orden público. Así, se crearon el Comando de Operaciones Especiales (COPEs) y el Cuerpo Especial Armado (CEA). Con la Constitución de 1991 y la Ley 62 de 1993 se mantiene la naturaleza civil de la policía y su adscripción al Ministerio de Defensa. En el concepto se destaca que en el orden territorial los gobernadores y alcaldes son las máximas autoridades de policía. Más allá del argumento constitucional sentado en la sentencia C-453 de 1994, que justifica la adscripción por la naturaleza del conflicto, en términos facticos la ambigüedad acerca del carácter de esa institución tiene efectos con respecto a las “i. (...) 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” (pp. 41) y las “ii. (...) 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” (pp. 41).

19.7.9 Además de la dimensión orgánica, en el concepto se analiza la dimensión funcional, que en el caso colombiano muestra cómo la Policía Nacional está dirigida a la preservación de la seguridad ciudadana. Su cumplimiento debe darse principalmente a partir de una labor preventiva y cívica. La tensión existente en el caso colombiano ha



sido abordada por la Corte Constitucional en diferentes decisiones. En algunas sentencias de tutela, se identifica una línea jurisprudencial que considera que la Policía Nacional debe hacer presencia en centros poblados ubicados en zonas de constantes confrontaciones con el fin de cumplir sus funciones constitucionales de brindar protección a la población. En la nota de pie de página se citan las decisiones de tutela y se afirma que “[l]a 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” (pp. 42 nota 146).

19.7.10 En las decisiones de constitucionalidad, como la Sentencia C-084 de 2016, se asume el cruce de funciones entre las fuerzas militares y las de policía. En el AL 1 de 2015 se sostiene que la Policía Nacional también puede llegar a desarrollar funciones de combate. Por ello en el concepto se concluye que “[l]a 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” (pp. 43).

Intervención Especial de la Procuraduría General de la Nación

20. En escrito del 29 de abril de 2020, la delegada de la Procuraduría General de la Nación (PGN) rindió concepto y solicitó la confirmación de la providencia objeto de apelación. Para el Ministerio Público, el artículo 14 de la Ley 1922 de 2018 limita la competencia de la SA a los reparos concretos formulados por el apelante, cuando se trata de un apelante único. De acuerdo con la delegada, la apelación se limitó a la supuesta existencia de una violación a la garantía constitucional debido a la omisión en la orden y práctica de la entrevista al señor Luis Carlos Chaparro Uribe. Sobre este punto considera que el proceso de amnistía está destinado a determinar si la conducta atribuida al compareciente, por sus características, puede ser objeto de amnistía y no a dilucidar su responsabilidad individual. La entrevista solicitada no tenía incidencia sobre el trámite y, en todo caso, ya se había practicado en el mismo.

21. En cuanto al estatus de los cuerpos de policía considera que el derecho internacional humanitario los considera personas civiles y por tanto sujetos protegidos frente a ataques de las partes del conflicto. La protección se pierde si hay una



intervención activa en las hostilidades, ya sea de *iure* o *de facto*. Citan la decisión del Tribunal de Sierra Leona, en el caso Sesay, del 2 de marzo de 2009, en el que se estableció como presunción general el carácter civil de la policía, para los efectos del DIH. Afirma que, “[a]tendiendo a las consideraciones precedentes, resulta pertinente evaluar las diferentes hipótesis que pueden dar lugar a la caracterización de la policía como combatiente, en el marco de un conflicto armado no internacional. En primer lugar, se tiene la incorporación de lege o de facto de dicho cuerpo a las fuerzas armadas. Esto tendrá lugar cuando, a partir la expedición de una norma o a través de una práctica recurrente, a los efectivos policiales se les asigna la función de contribuir de manera habitual al esfuerzo militar de una de las partes en conflicto mediante su participación directa en las hostilidades. Lo anterior, conlleva (sic) a la pérdida permanente de la protección otorgada por el Derecho Internacional Humanitario, a los civiles” (pp. 11). También se pierde la protección en caso de la participación directa en las hostilidades, de manera ocasional, y mientras dura esa participación. Se excluyen las acciones que suponen el uso de la fuerza policial en legítima defensa.

22. La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional consideran a la Policía Nacional como un cuerpo civil²⁸, que no hace parte de las Fuerzas Militares, pese a su adscripción al Ministerio de Defensa. La Policía Nacional cuenta con sistemas de instrucción, disciplina y carrera diferentes a los de las Fuerzas Militares y, además, la primera está habilitada para realizar funciones de colaboración judicial. Conforme a la sentencia C-444 de 1995, dada la naturaleza del conflicto colombiano, hay ocasiones en las cuales la policía debe desplegar actos de guerra, en cuyo caso asume la función de parte en las hostilidades. Señala que el análisis de un caso concreto debe dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Es función habitual de la persona contribuir de manera directa al desarrollo de las acciones militares propias del CANI? Y ¿Para el momento en el que se registró el ataque se encontraba participando directamente en las hostilidades?

23. En el análisis del caso concreto concluye que la víctima era un miembro de la policía que estaba en una zona en la cual se daba la incorporación funcional de la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas, debido a las frecuentes confrontaciones con las FARC-EP o los ataques de esta organización guerrillera. Afirma que, dado que viajaba en un vehículo de servicio público, sin uniforme y para visitar a su familia, estaba fuera de combate y por tanto tenía la condición de persona protegida por el DIH. Por tanto, se trata de un crimen de guerra que no es susceptible del beneficio de amnistía.

III. COMPETENCIA

24. Según lo previsto en el numeral 6º del artículo 13 de la Ley 1922 de 2018, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 1957 de 2019, Estatutaria de

²⁸ Sentencias C-593 de 1994, C-544 de 1994, C-421 de 2002 y T-280ª de 2016.



Administración de Justicia de la JEP (LEJEP), la SA es competente para resolver el recurso de apelación instaurado contra la providencia SAI-AOI-D-ASM-051-2019, dictada por la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) el 23 de julio de 2019.

IV. PROBLEMAS JURÍDICOS

25. La SAI sostiene que no procede la amnistía por cuanto el homicidio cometido en contra del agente de la Policía Nacional es un crimen de guerra y, conforme al artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, se trata de un delito no amnistiable. El compareciente, además, afirma que es inocente y que tiene la evidencia que así lo prueba. Los problemas jurídicos que este caso plantea son los siguientes: i) ¿Cuáles son los requisitos para conceder la amnistía de Sala, conforme a la Ley 1820 de 2016? ii) ¿Los miembros de la Policía Nacional de Colombia constituyen personas protegidas en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional? ¿Gozaba la víctima, el señor Néstor Jairo Bohórquez Páez, integrante de la Policía Nacional, de la condición de persona protegida? iii) ¿Puede considerarse el homicidio en persona protegida como un crimen de guerra? iv) ¿Debe entenderse que todos los delitos contenidos en el título II del libro II de la Ley 599 de 2000 son crímenes de guerra y, por tanto, no amnistiables? v) ¿Cuál es el trámite por seguir en aquellos casos en los cuales el compareciente alega su inocencia en un procedimiento de amnistía por un delito por el cual fue condenado? vi) ¿La ausencia del testimonio del señor Chaparro Uribe constituye una vulneración capaz de afectar la integridad del debido proceso? vii) ¿Tuvo razón la SAI en negar la amnistía al señor Guzmán Díaz por cuanto el delito por el que fue condenado es un crimen de guerra?

V. CONSIDERACIONES

Cuestión previa. La competencia de la Sección de Apelación para ocuparse de los problemas jurídicos planteados

26. La delegada de la Procuraduría General de la Nación considera que le asiste el derecho a intervenir en el trámite de apelación, como consecuencia de la existencia de un hecho nuevo que se presenta durante el mismo, consistente en el requerimiento que se hizo a expertos y a la sociedad civil de conceptos sobre la naturaleza de los crímenes de guerra y del estatus de la policía nacional en el conflicto armado. Afirma la delegada que la competencia funcional de la SA se limita a lo estrictamente pedido por la apelante en su recurso, esto es, una supuesta nulidad por violación del artículo 29 de la Constitución Política.



27. La Procuraduría General de la Nación, en defensa de los derechos fundamentales de las víctimas²⁹, tiene la posibilidad de intervenir en los procesos que se siguen ante la JEP por medio del Procurador General de la Nación o de sus delegados. Esto es concordante con la facultad general que tiene el Ministerio Público de actuar ante las autoridades judiciales cuando sea necesario para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales³⁰. Esta potestad se deriva de las facultades constitucionales de esta institución y no de la existencia de hechos nuevos en el trámite de apelación, teniendo además en cuenta que no se trata de un sujeto procesal, sino de un interviniente especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 1922 de 2018. Esta intervención se debe dar, normalmente, por medio de los actos ordinarios de postulación, como la presentación de peticiones o de recursos. También puede formular conceptos cuando considere que es necesario dejar sentada la opinión del Ministerio Público sobre aspectos substanciales que son relevantes dentro del proceso. En todo caso, debe ser coherente con el momento y con el tipo de intervención que se realiza, lo cual será valorado adecuadamente por el juez transicional. Si la Procuraduría es la apelante, por ejemplo, no puede usar el momento de emitir conceptos para ampliar por fuera del término legal los argumentos de su apelación³¹.

28. En el presente caso, sin embargo, la intervención es posible no por la existencia de un hecho nuevo, pues no hay tal cosa, sino por cuanto la SA requirió a diversos sujetos para que rindieran concepto dentro del presente trámite, todo ello con el fin de enriquecer el debate y dar la oportunidad a personas expertas, a representantes de la sociedad civil y al propio Ministerio Público de presentar sus opiniones sobre los temas objeto de la apelación.

29. La apelación de la apoderada del solicitante parece limitarse a la petición de la práctica de una prueba y, en ningún momento, señala un yerro en el trámite procesal que justifique una declaratoria de nulidad. En el escrito de la apelante se señala de manera general que con la decisión se viola el debido proceso y el principio de favorabilidad, pero de ello no se sigue que se esté haciendo un argumento respecto de la trascendencia del testimonio solicitado para afectar la validez del trámite desarrollado. No deben confundirse los argumentos esgrimidos para convencer al *ad quem* de la necesidad de esa prueba, con aquellos tendientes a señalar su trascendencia con respecto a la afectación de las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales. Pretender que en estos casos se afirma la irregularidad del proceso, convertiría todo recurso de apelación en una petición de nulidad³².

²⁹ Artículo transitorio 12, inciso 2º, AL. 1 de 2017 y artículo 77 de la LEJEP.

³⁰ Constitución Política, Artículo 277 Numeral 7º.

³¹ Auto TP-SA 421 de 2020, párrafo 19.

³² Sobre los principios que regulan la nulidad ver los autos TP-SA 124, 193 y 299 del 2019.



30. De la lectura del recurso se infiere la necesidad de dilucidar los siguientes puntos: i) cuál es el elemento de gravedad presente en los crímenes de guerra; ii) si el homicidio de un miembro de la policía nacional puede considerarse como un crimen de guerra, y iii) si la ausencia de un mayor acopio probatorio impide que se diluciden los puntos i) y ii). En el presente caso, en consecuencia, no se está decidiendo *extra petita* cuando se analizan los puntos mencionados, debido a que ellos se derivan de lo solicitado por la apelante y, por tanto, la petición de conceptos especiales no constituye un hecho nuevo que amerite una intervención especial del Ministerio Público, por cuanto no se está afectando el orden jurídico ni los derechos fundamentales de las víctimas.

31. De cualquier manera, la SA tiene la función de servir de instancia de cierre y de unificar la doctrina en materia del derecho transicional. En ejercicio de esa función, en diversas ocasiones la Sección ha incorporado elementos para el análisis que, si bien su recaudo no fue solicitado expresamente en el recurso de apelación, sí se presentan como necesarios para orientar el trabajo de las diferentes Salas y Secciones –mediante la fijación de elementos doctrinales–, para (i) *avanzar en los criterios de interpretación en asuntos novedosos*; (ii) *unificar el entendimiento o la aplicación del derecho transicional*; y (iii) *definir de manera expedita referentes hermenéuticos claros*³³. En consecuencia, la SA no le halla razón al cuestionamiento de la delegada del Ministerio Público a la competencia funcional para decidir sobre los puntos objetos de los conceptos solicitados y, por tanto, pasará a ocuparse de resolver los problemas jurídicos planteados. Dada la importancia del concepto de la PGN, sobre el estatus de la Policía Nacional en el CANI y su visión sobre el caso concreto, la SA los tendrá en cuenta y los valorará para efectos de adoptar la decisión correspondiente.

Requisitos para conceder la amnistía por parte de la Sala de Justicia

32. La Ley 1820 de 2016 regula el trámite de amnistía en el marco del derecho transicional colombiano³⁴. La amnistía se puede conceder por la Sala de Justicia si se dan los factores de competencia temporal, personal y material; si no se trata de uno de los delitos excluidos por el parágrafo del artículo 23 de la citada ley; y, además, si se trata de un delito político o conexo³⁵. El artículo 8º de la citada Ley define los delitos políticos como “*aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su*

³³ Auto TP-SA 509 de 2020, párrafo 23. Este auto recoge el precedente establecido en los autos TP-SA 401 y 424 de 2020.

³⁴ El artículo 6-5 del Protocolo II de 1977, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, establece que “*A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado*”. Este mandato se recoge en el inciso 1º del artículo 8º de la Ley 1820 de 2016.

³⁵ Artículos 15 – 20 de la Ley 1820 de 2016. Por su parte, el parágrafo del art. 23 de la misma Ley menciona los delitos que no son amnistiables.



régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal”³⁶. En el mismo artículo se señala que “también serán amnistiabiles los delitos conexos con el delito político que describan conductas relacionadas específicamente con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, así como las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”. Los delitos calificados como comunes pueden ser considerados conexos con el delito político en tanto cumplan con los requisitos anteriores y no hayan sido cometidos con ánimo de lucro personal, ya sea en beneficio propio o de un tercero³⁷.

33. La Ley 1820 de 2016, en su artículo 16, introduce una lista de delitos que son conexos con el delito político, sin perjuicio de que la Sala de Justicia encuentre, a la luz de casos concretos, que otros reúnen los requisitos de la Ley para el efecto. Por otra parte, el artículo 23 de la Ley ofrece un listado negativo en el cual señala las conductas que en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o indulto, incluso si se cometieron para apoyar al grupo armado o para facilitar la comisión del delito político³⁸. Igualmente, el artículo 83 de la LEJEP establece dos criterios para determinar la conexidad con el delito político: uno incluyente, en el que están 1.- *aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como es por ejemplo la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares;* 2.- *los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente;* y 3.- *las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión, para lo cual deberán definirse cada uno de los contenidos de las anteriores conductas. Se entenderá como conducta dirigida a financiar la rebelión todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes ni sean consideradas crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio;* y otro excluyente, conforme al cual los crímenes internacionales no tienen conexidad con el delito político. De acuerdo con lo anterior, y en una interpretación sistemática de la legislación transicional, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, en general, los delitos mencionados en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 no son conexos con el delito político.

³⁶ Artículo 8 de la Ley 1820 de 2016. Los delitos de rebelión, de sedición, de asonada, de conspiración, y de seducción, usurpación y retención del mando, así como sus conexos, son susceptibles de amnistía *de iure*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la citada Ley

³⁷ Art. 8º inciso 4º de la Ley 1820 de 2016 en concordancia con el literal b del párrafo y el último inciso del artículo 23 de la misma Ley.

³⁸ De acuerdo con el párrafo del mencionado artículo 23: “***En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto los delitos que correspondan a las conductas siguientes: // a) Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles; // b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero*”. Negrillas y subrayas fuera del texto.**



34. En conclusión, en el análisis de la amnistía se deben tener en cuenta tres elementos: i) que la conducta cumpla con los factores personal, material y temporal de competencia; ii) que no sea uno de los delitos mencionados en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016³⁹ y iii) que se trate de un delito político o conexo. Sobre los delitos amnistiables se pronunció la SA en la sentencia TP-SA-130 de 2019, en el que señaló:

De conformidad con el artículo 21⁴⁰ y 23⁴¹ de la Ley 1820 de 2016, corresponde a la SAI determinar, caso a caso, y a la luz del contenido de los artículos 15, 16 y 23 *ibidem*, si una conducta o hecho es susceptible de ser amnistiada o indultada. Esto es, en cualquiera de los siguientes eventos⁴²: i) se encuentre expresamente enlistado el punible como amniable de *iure*; ii) sea previsto explícitamente como conexo con el delito político; o iii) de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso satisfaga cualquiera de los criterios de conexidad previstos por la ley.

16.1- En lo que a los criterios de conexidad respecta, conviene resaltar el contenido del Acuerdo Final de Paz⁴³ que contempló dos criterios complementarios e inescindibles, que se deben tener en cuenta para la definición caso a caso de la conexidad del delito político, así, uno de tipo incluyente y otro de tipo restrictivo. El criterio *incluyente* consiste en la determinación legal de la conexidad por cualquiera de los tres supuestos contemplados en el primer inciso

³⁹ Esta Ley rompe, hasta cierto punto, con la tradición jurídico-penal colombiana de no definir el delito político en sede legislativa, y dejar que fuera la jurisprudencia la que estableciera cuándo se estaba en presencia de una conducta punible de esa clase y cuándo, por el contrario, se perdía esa connotación. En la referida tradición jurisprudencial, se consideraba como delitos políticos los delitos contra el orden constitucional, con independencia de la intención del autor al cometerlos. En cuanto a la conexidad, se consideraba que los actos de ferocidad o barbarie no podían ser considerados como conexos con el delito político y, por tanto, estaban excluidos de la posibilidad del olvido jurídico. Diversas leyes de amnistía excluían expresamente al homicidio cometido fuera de combate de ese beneficio: la Ley 37 de 1981; la Ley 35 de 1982; el Decreto 474 de 1982; la Ley 49 de 1985; la Ley 77 de 1989, que entiende como delito político los de rebelión, sedición y asonada, así como sus conexos; el Decreto 1943 de 1991; el Decreto 213 de 1991; y la Ley 104 de 1993, que permite la amnistía y el indulto por *hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración, y los conexos con éstos, cuando a su criterio, el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil*, y excluye del beneficio a los autores de delitos como el genocidio y el homicidio cometido fuera de combate. La Corte Suprema de Justicia tiene una larga tradición de estudio y de decisiones sobre el delito político. En estas decisiones se discutía sobre la naturaleza del delito político y, sobre todo, sobre aquellos actos que podían considerarse como conexos con el mismo y por tanto merecedores del tratamiento privilegiado. Ver, a título de ejemplo, las sentencias de febrero de 1983 (radicado 98910), M.P. Manuel Gaona Cruz; 4 de octubre de 1988, M.P. Jorge Carreño Luengas; 25 de septiembre de 1996 (radicado 12051), M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; 4 de febrero de 1999 (radicado 11837), MP Fernando Arboleda Ripoll; 27 de agosto de 1999 (radicado 13433). M.P. Jorge Córdoba Poveda; 18 de abril de 2006 (radicado 25317), M.P. Marina Pulido de Barón, entre otros. En la Sentencia C-456 de 1997 se elimina la exclusión de pena para los actos cometidos en combate, en tanto no pueden ser objeto de amnistías o indultos anticipados e indeterminados.

⁴⁰ “En todos los casos que no sean objeto de una amnistía de *iure*, la decisión de conceder amnistías o indultos dependerá de la [SAI]”.

⁴¹ “La [SAI] concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. (...) La [Sala] determinará la conexidad con el delito caso a caso”.

⁴² Teniendo como presupuesto la improcedencia de la amnistía de *iure*, es decir, la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 19 de la Ley 1820 de 2016.

⁴³ Parámetro obligatorio de interpretación y validez para todo el SIVJRN conforme a lo dispuesto en el A.L. 02 de 2017 y la sentencia C-630 de 2017 de la Corte Constitucional. Esta Sección ha indicado que este instrumento, si bien en principio carece -por sí solo- de poder normativo vinculante, se constituye como parámetro de interpretación obligatorio, así como referente de desarrollo y validez de todas las normas de implementación, en las condiciones y para los efectos advertidos en sentencia C-332 del 2017, como es el caso de las amnistías en tanto mecanismos asociados al DIH. Tribunal para la Paz, Sección de Apelación, auto TP-SA-014 del 25 de julio de 2018.



del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016⁴⁴; mientras que, el de tipo *restrictivo* que implica que no será posible calificar de conexas aquellas conductas: 1) relacionadas con crímenes internacionales, enlistadas en el literal a) del párrafo único del artículo 23 *ibidem* (coincidentes con los puntos 40 y 41 del apartado II del numeral 5.1.2 del AFP⁴⁵), así como tampoco, 2) aquellas calificables por el operador jurídico transicional como de tipo común conforme a los presupuestos del literal b) del párrafo único de la misma norma⁴⁶.

No es posible otorgar la amnistía cuando se trata de crímenes de guerra

35. Los conceptos presentados por la profesora Mallinder y el IFIT coinciden en señalar que la categoría de crímenes de guerra no es aplicable, en el plano del DIH, a los CANI. La Universidad de Leiden, por el contrario, afirma que se está cristalizando una norma en ese sentido, pero que no es posible sostener que esté consolidada en el derecho internacional, pese al contenido del artículo 8º del ER. Esto significa, en su criterio, que hay un amplio margen de discreción para los Estados en materia de amnistías para este tipo de conductas, cuando ocurren en el contexto de un CANI. Y en concordancia con eso, en el caso colombiano el legislador y la jurisprudencia han determinado que no es posible amnistiar los crímenes de guerra cometidos en el marco del conflicto armado de carácter no internacional.

36. Como se indica claramente en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, los crímenes de guerra son actos excluidos de la posibilidad de amnistía. Es necesario, entonces, establecer qué es un crimen de guerra. Una primera aproximación es la de equiparar los delitos perpetrados contra las personas y bienes protegidos por el DIH (Título II del Libro II de la Ley 599 de 2000) con los crímenes de guerra⁴⁷. Pero esta interpretación es formalista y problemática, pues supondría que *todos* los actos cometidos en relación o con ocasión del conflicto allí tipificados constituirían crímenes de guerra y, por tanto, serían no amnistiabiles. En criterio de la SA, esta visión resulta extrema en tanto puede reducir injustificadamente la capacidad del Sistema para alcanzar el objetivo de conceder las amnistías más amplias posibles, conforme al DIH y

⁴⁴ “a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión”.

⁴⁵ El cual además dispone que: “Respecto a la aplicación de los criterios de conexidad en todo lo que no haya sido definido con exactitud en la ley de amnistía, se tendrá en cuenta la doctrina adoptada al interpretar dicha Ley por la Sala de Amnistía e Indulto y por la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz”.

⁴⁶ “b) Los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero”, sin perjuicio de que “se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión”.

⁴⁷ Dejusticia, la Essex Transitional Justice Network y el Armed Conflict and Crisis Hub de la Universidad de Essex, en su concepto, consideran que todas las conductas lesivas del bien jurídico *bienes y personas protegidas por el DIH*, contenidas en el título II de la Ley 599 de 2000, son crímenes de guerra. La SA difiere de esta opinión, por las razones que se presentarán más adelante.



al derecho transicional colombiano, ya que no necesariamente todas las conductas referidas del Código Penal superan el umbral de gravedad indispensable para excluirlas de la aplicación de mecanismos con altas dosis de indulgencia jurídica y política como la amnistía⁴⁸, así como tampoco el Título II agota toda la lista de posibles conductas constitutivas de crímenes de guerra. En el derecho penal internacional se establece un umbral de gravedad o seriedad de la conducta para distinguir los crímenes de guerra de las otras infracciones –de menor lesividad– al derecho de los conflictos armados⁴⁹. La SA presentará los criterios que considera que pueden contribuir a tener una distinción clara entre infracciones al DIH que son amnistiables y aquellas que no, por constituir crímenes de guerra.

Los crímenes de guerra son infracciones graves que forman parte del género de violaciones al derecho internacional humanitario y pueden darse en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional

37. El homicidio en persona protegida y, en general, los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario no aparecen detallados expresamente y con esas denominaciones dentro del listado de delitos no amnistiables contenido en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. Sin embargo, dicha previsión emplea categorías más generales (como la de *crímenes de guerra*), y en este proceso está en discusión si dichas conductas punibles se pueden clasificar en ellas. Esto lleva a la SA a preguntarse si existe coincidencia entre la categoría del derecho penal internacional de crímenes de guerra y los delitos del título II del libro I del Código Penal colombiano y, sobre todo, si la Ley 1820 de 2016 se refiere a los crímenes de guerra en un sentido general o en uno más restringido. Para dar respuesta a estas cuestiones, la Sección se ocupará, primero, de analizar el concepto de crímenes de guerra y la posibilidad de su aplicación en los conflictos armados no internacionales. Posteriormente, analizará los crímenes de guerra a la luz del derecho transicional colombiano y, finalmente, dará respuesta a la cuestión de su amnistiabilidad.

38. La SA coincide con las posiciones de los diferentes conceptos cuando afirman que en el derecho internacional se reconoce que no todas las infracciones al DIH constituyen crímenes de guerra, pese al hecho que en algunas legislaciones se haya establecido de esa manera. Un análisis de la normativa humanitaria permite concluir que en ese cuerpo de regulación de los conflictos armados se distingue entre las infracciones o violaciones serias o graves (*grave breaches* o *serious violations*) y las simples.

⁴⁸ E.gr., y sin perjuicio de que la necesaria valoración en concreto de los hechos lleve a conclusiones opuestas, ver los artículos 151 y 163 del Código Penal, algunos de cuyos elementos podrían plantear preguntas sobre la justificación de una prohibición rotunda de amnistías para tales supuestos.

⁴⁹ En la versión en inglés del artículo 8º del ER se distingue entre *grave breaches* y *serious violations*. Las primeras corresponden a un CAI y las segundas a un CANI. En los dos tipos de conflicto se incluyen *other serious violations*. En la versión en español se habla de infracciones graves, para el CAI, y de violaciones graves, para el CANI. En los dos casos se contemplan otras violaciones graves.



En los dos tipos de conflicto se califica como crimen de guerra una conducta grave, a la que llaman infracción o violación, según el caso. Para efectos de unidad del lenguaje, la SA se referirá a estos actos como infracciones graves, con independencia de si han sido cometidos en un CAI o en un CANI.

39. Corresponde a la SA determinar, entonces, cuándo una infracción al DIH tiene el carácter de seriedad o gravedad tal que configura un crimen de guerra. Una forma de hacerlo es acudir a las definiciones de la legislación doméstica o a los estatutos internacionales aplicables al caso colombiano, como es el de la Corte Penal Internacional. Sobre estos dos aspectos se ocupará más adelante la SA, pero antes analizará el desarrollo de la categoría de crímenes de guerra en el derecho internacional.

Desarrollo normativo del concepto de crimen de guerra

40. Los crímenes de guerra son aquellos que, para empezar, se cometen en el contexto de un conflicto armado y en conexión con este. En principio, debe entenderse que un crimen de esta naturaleza es una violación a las leyes y usos de la guerra. La Carta de Londres, que creó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, los definió de tal manera, sin introducir ninguna limitación en cuanto a la gravedad o la seriedad de la conducta⁵⁰. Inicialmente, fueron concebidos como violaciones cometidas en un conflicto armado *de carácter internacional*. Es decir, no era un esquema jurídico aplicable para determinar si resultaba posible tratar como crímenes de guerra ciertas infracciones al derecho de la guerra cuando fueran cometidas en el marco de un CANI. Esto tenía explicación y justificación en el incipiente desarrollo del derecho de los conflictos armados no internacionales⁵¹.

41. Posteriormente, las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 introducen en el derecho internacional humanitario la noción de infracciones graves. El artículo 49 del Primer Convenio de Ginebra de 1949 dispone lo siguiente:

Artículo 49 - Sanciones penales: I. Generalidades
Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se

⁵⁰“ b) **CRIMENES DE GUERRA:** A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”. Con anterioridad a este Tribunal, la Convención de Ginebra de 1906 se ocupó de los abusos del derecho de la guerra cometidos por los individuos. Pero no los calificó como crímenes de guerra y simplemente obligaba a los Estados a sancionarlos internamente. Este esquema básico se mantuvo en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907.

⁵¹ Debe recordarse que conforme a los Convenios de La Haya de 1907, la única forma de poder aplicar el derecho de la guerra a conflictos internos era por medio del reconocimiento de beligerancia, lo que hacía que un conflicto interno se convirtiera en uno de carácter internacional. Esta situación cambia con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y con el Protocolo II adicional de 1977.



han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las **infracciones graves** contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las **infracciones graves**, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las **infracciones graves** definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Los inculpados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁵².

42. El artículo 50 del mismo Convenio, por su parte, presenta las infracciones graves al DIH que deben ser penalizadas⁵³. Estas violaciones sólo se califican como tal cuando son cometidas en el contexto de un conflicto armado internacional⁵⁴. Esto se ratifica con la inclusión en el Protocolo I, aplicable a los conflictos armados de carácter internacional, de la categoría crímenes de guerra, entendidos como infracciones graves al DIH⁵⁵.

43. No ocurre exactamente lo mismo en el marco de un CANI. El artículo 3º común a las Convenciones de Ginebra de 1949 prohíbe algunos actos dentro del contexto de un conflicto de esta naturaleza⁵⁶, y en el PA-II se incluyen más conductas prohibidas, bajo

⁵² Resaltado y subrayas fuera del texto. Cfr. Art. 50 II Convenio; 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio de Ginebra de 1949.

⁵³ Existen diferentes maneras de incorporar al derecho doméstico el derecho penal internacional. Los Estados puede hacerlo de manera estricta, cuando transcriben *verbatim* las normas de derecho internacional y simplemente le aplican una pena; pueden hacer una reinterpretación de ellas, pero conservando el núcleo de la prohibición; o pueden establecer criterios para calificar las conductas reconocidas en el derecho doméstico conforme a aquellas que lo son en el derecho internacional. Colombia ha optado por una vía mixta: algunas conductas se tipifican como infracciones al DIH en el Título II del Libro II del Código Penal colombiano, pero ello no excluye que otras conductas, si reúnen las condiciones para ello, puedan ser calificadas también como crímenes internacionales. En todo caso, como se verá más adelante, ante la posibilidad de un concurso aparente de tipos penales se debe acudir al criterio de especialidad.

⁵⁴ Artículo 50 - II. Infracciones graves. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

⁵⁵ Artículo 85-5 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977: "5. Sin perjuicio de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo, las infracciones graves de dichos instrumentos se considerarán como crímenes de guerra".

⁵⁶ "Artículo 3 - Conflictos no internacionales: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio



el concepto de garantías fundamentales⁵⁷. Sin embargo, en ninguna de ellas se definen estos actos como crímenes de guerra. El PA-II es el resultado de un balance entre los imperativos del derecho internacional y la soberanía de los Estados. Por ello, en este instrumento se encuentran normas dirigidas a proteger ese poder estatal de definir la naturaleza de los crímenes que se van a sancionar a nivel interno⁵⁸.

44. Esta aparente falencia del derecho internacional, sin embargo, fue resuelta en el plano estatutario con la expedición del Estatuto de Roma, que en su artículo 8º califica como crímenes de guerra algunas de las infracciones al DIH cometidas en el contexto de un CANI⁵⁹. De cualquier manera, las diferencias del listado de delitos calificados

análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. // Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. // La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

⁵⁷ **“Artículo 4. Garantías fundamentales:** 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. 2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; g) el pillaje; h) las amenazas de realizar los actos mencionados. 3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: a) recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos; b) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas; c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades; d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados; e) se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar”.

⁵⁸ **“Artículo 3. No intervención.** 1. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos. // 2. No podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto”. El párrafo final del artículo 3º común a los Convenios de 1949 establece que “la aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

⁵⁹ Se puede discutir el valor normativo del Estatuto de Roma. Sin embargo, para el caso colombiano se trata de una discusión inane, pues tiene valor de fuente de interpretación conforme al derecho transicional y la sentencia C-578 de 2002: “Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de guerra protegen la efectividad del derecho a la vida (artículo 11), a la integridad física; el respeto a la prohibición de desapariciones y torturas (artículo 12), y a la prohibición de la esclavitud (artículo 17). Igualmente, propenden el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de respeto al derecho internacional humanitario asumidos soberanamente por Colombia al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994). Adicionalmente, como los eventos descritos como conflicto armado de carácter internacional e interno pueden dar lugar a la aplicación de medidas propias de los estados de excepción (artículo 212 y 213, CP), las normas del Estatuto que describen las conductas tipificadas como crímenes de guerra garantizan la prevalencia y efectividad de los derechos cuya suspensión se prohíbe aun durante dichos estados (artículo 93 CP). La condición de que las políticas de orden público sean adelantadas por cualquier medio siempre que este sea “legítimo”, reafirma este propósito



como crímenes de guerra dentro de un CAI y aquellos que lo son en un CANI muestra la voluntad de la comunidad internacional de conservar ciertas diferencias entre uno y otro tipo de conflicto armado. Los diferentes conceptos coinciden en señalar que la categoría de crímenes de guerra no surge con tanta claridad para los CANI y, más bien, se trata de una norma que estaría cristalizando en el derecho internacional y poco a poco adquiriendo la categoría de norma consuetudinaria. Pese a ello, en la legislación colombiana se reconoce la categoría de crímenes de guerra y se excluye este tipo de actos criminales de la posibilidad de un beneficio transicional de amnistía.

45. En la jurisprudencia de los tribunales internacionales se venía aceptando la existencia de esta clase de ilícitos para los CANI. En el caso *Tadic*, el TPIY sostuvo que la categoría de crímenes de guerra se extiende a los conflictos armados de carácter no internacional⁶⁰. Esta doctrina fue ratificada en los Estatutos del TPIR y del TESL, en los que se otorga jurisdicción sobre las violaciones al artículo 3^o común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y al PA-II, las cuales son consideradas como crímenes de guerra⁶¹.

de propender el respeto al marco jurídico democrático nacional e internacional". Colombia hizo uso de la cláusula de exclusión de la CPI hasta el 2009.

⁶⁰ PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a "DULE" DECISION ON THE DEFENCE MOTION FOR INTERLOCUTORY APPEAL ON JURISDICTION. 2 de octubre de 1995. "72. Al adoptar la resolución 827, el Consejo de Seguridad estableció el Tribunal Internacional con el propósito declarado de llevar ante la justicia a las personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia, previniendo así futuras violaciones y contribuyendo al restablecimiento de la paz y la seguridad en la región. El contexto en el que actuó el Consejo de Seguridad indica que tenía la intención de lograr este propósito sin hacer referencia a si los conflictos en la ex Yugoslavia fueron internos o internacionales. Como bien sabían los miembros del Consejo de Seguridad, en 1993, cuando se redactó el Estatuto, los conflictos en la ex Yugoslavia podrían haberse caracterizado como internos e internacionales, o alternativamente, como un conflicto interno junto con uno internacional, o como un conflicto interno que se internacionalizó debido al apoyo externo, o como un conflicto internacional que posteriormente fue reemplazado por uno o más conflictos internos, o alguna combinación de los mismos. El conflicto en la ex Yugoslavia se había internacionalizado por la participación del Ejército croata en Bosnia-Herzegovina y por la participación del Ejército Nacional Yugoslavo ("JNA") en las hostilidades en Croacia, así como en Bosnia-Herzegovina al menos hasta su retirada formal el 19 de mayo de 1992. En la medida en que los conflictos se habían limitado a enfrentamientos entre las fuerzas del gobierno bosnio y las fuerzas rebeldes serbias de Bosnia en Bosnia-Herzegovina, así como entre el gobierno croata y las fuerzas rebeldes serbias croatas en Krajina (Croacia), habían sido internos (a menos que se pudiera probar la participación directa de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia-Montenegro)). Es notable que las partes en este caso también estén de acuerdo en que los conflictos en la ex Yugoslavia desde 1991 han tenido aspectos tanto internos como internacionales. (Ver Transcripción de la Audiencia sobre la Moción sobre Jurisdicción, 26 de julio de 1995, en 47, 111.) ... 77. Sobre la base de lo anterior, concluimos que los conflictos en la ex Yugoslavia tienen aspectos internos e internacionales, que los miembros del Consejo de Seguridad tenían claramente en mente ambos aspectos de los conflictos cuando adoptaron el Estatuto del Tribunal Internacional, y que tenían la intención de autorizar al Tribunal Internacional a juzgar las violaciones del derecho humanitario que ocurrieron en cualquier contexto. En la medida de lo posible bajo el derecho internacional existente, el Estatuto debe, por lo tanto, interpretarse para dar efecto a ese propósito" (Traducción no oficial de la SA).

⁶¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda: "Artículo 4: Violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá el poder de enjuiciar a las personas que cometan u ordenen cometer violaciones graves del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra y su Protocolo adicional II del 8 de junio de 1977. Estas violaciones incluirán, pero no se limitarán a: (a) Violencia a la vida, salud y bienestar físico o mental de personas, en particular asesinato, así como tratos crueles como tortura, mutilación o cualquier forma de castigo corporal ". Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona: "Artículo 3: El Tribunal Especial tendrá el poder de enjuiciar a las personas que cometieron u ordenaron la comisión de violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, y del Protocolo adicional II del 8 de junio de 1977. Estas violaciones incluirán: a. La violencia a la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato, así como los tratos crueles como la tortura, la mutilación o cualquier forma de castigo corporal; b. Castigos colectivos; c. Toma de rehenes; d. Actos de terrorismo; e. Los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de agresión indecente; f. Pillaje; g. La aprobación de sentencias y las ejecuciones sin un juicio previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente, ofreciendo todas las garantías judiciales que los pueblos civilizados reconocen como indispensables; h.



Esto indica que el Estatuto de Roma no es una fuente donde por completo se origine *ex nihilo* la penalización internacional de los crímenes de guerra dentro de los CANI, sino que, en realidad, recoge una práctica internacional más amplia, consolidada consuetudinaria y jurisprudencialmente, sin que esto implique, desde luego, desconocer sus especificidades y desarrollos particulares⁶².

Los crímenes de guerra son infracciones graves al derecho internacional humanitario y no todas las infracciones al DIH configuran un crimen de esta naturaleza

46. Los crímenes de guerra son infracciones graves al derecho internacional humanitario que se cometen en conexión con el conflicto armado, sea de carácter internacional o no internacional⁶³, y no se requiere que sean parte de una política o práctica oficialmente sancionada por el Estado o que se hayan dado en desarrollo de una política de este⁶⁴. Por su parte, dentro del análisis del denominado “Marco Jurídico para la Paz”, la Corte Constitucional los definió como “*ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional*”⁶⁵.

47. Las definiciones contenidas en los artículos 49 y 50 de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 85-5 del PA-I permiten afirmar que sólo las **infracciones graves** al derecho internacional humanitario pueden ser consideradas como crímenes de guerra. Una infracción que carezca de esa connotación de gravedad o seriedad no podrá adquirir tal entidad y, por ende, el DIH no plantea un obstáculo insalvable para su

Amenazas para cometer cualquiera de los actos anteriores”, y “Artículo 4: El Tribunal Especial tendrá el poder de procesar a las personas que cometieron las siguientes violaciones graves del derecho internacional humanitario: a. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles individuales que no participan directamente en las hostilidades; b. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, materiales, unidades o vehículos involucrados en una misión de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles de conformidad con el derecho internacional de conflicto armado; c. Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en fuerzas o grupos armados o usarlos para participar activamente en hostilidades” (Traducción no oficial de la SA).

⁶² El Estado colombiano hizo uso de la cláusula de exclusión (*opt-out*) de siete años contenida en el artículo 124 de ese estatuto, los que comenzaron a contar desde el momento de ratificación del Estatuto, esto es el año 2002. Podría sostenerse que la cláusula mencionada sólo aplica para efectos de la jurisdicción de la CPI, pero que no tiene que ver con la norma sancionatoria contenida en el artículo 8º del ER. Sobre este punto no se pronunciará la SA, dado que no es materia de la apelación y no es un aspecto relevante para la resolución del caso.

⁶³ Con anterioridad a la concepción moderna de los crímenes de guerra, previo al Juicio del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, estos actos no se entendían como violaciones a las leyes de la guerra, sino como actos criminales no autorizados por el derecho internacional y, por tanto, sujetos a la justicia doméstica.

⁶⁴ El artículo 8(1) del Estatuto de Roma señala que “[l]a Corte [Penal Internacional] tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Esto es solo una provisión sobre la competencia de la CPI pero no sobre la naturaleza de los crímenes de guerra. La expresión *en particular* muestra que en algunos casos se podrá ejercer competencia sobre actos que no se deriven de una política estatal o del grupo. En todo caso, como se señala en el ER (art. 8.2.c y 8.2.e), los Estados conservan su facultad, en los conflictos armados de carácter no internacional, de mantener o restablecer el orden y proteger la unidad y la integridad territorial del Estado por todos los medios *legítimos*.

⁶⁵ Sentencias C-1076 de 2002 y C-579 de 2013. En un principio, la categoría se reservaba para los conflictos armados de carácter internacional, pero hoy en día existe consenso respecto a su existencia en el contexto de un CANI. Los diferentes conceptos hacen un estudio del desarrollo de la categoría de crímenes de guerra en el derecho internacional. La SA los tendrá en cuenta para la exposición de este acápite.



amnistía, sin perjuicio de que sea sancionable penal o disciplinariamente de acuerdo con las normas internas, y de que con arreglo al derecho interno tenga que examinarse si se dan las restantes condiciones para otorgar ese beneficio definitivo⁶⁶.

48. El TPIY, en su estatuto, considera solamente las violaciones a las leyes de la guerra, reiterando la definición proveniente de la Carta de Londres. En el caso *Tadic*, el Tribunal entendió que un acto criminal debía reunir los siguientes requisitos para poder ser considerado como un crimen de guerra: i) el acto debe infringir una regla del derecho internacional humanitario; ii) la regla debe formar parte de la costumbre internacional o de un tratado internacional; iii) debe tratarse de una violación *seria*, esto es vulnerar una norma que protege valores importantes y con consecuencias significativas para la víctima, y iv) debe constituir una conducta sancionable⁶⁷. Por su parte, el Estatuto del TPIR no define a los crímenes de guerra, pero incluye dentro de su jurisdicción a las violaciones graves (*serious violations*) al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al PA-II⁶⁸.

49. Con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), los crímenes de guerra se definen de una manera más expresa. El artículo 8 (2) del Estatuto de Roma establece cuatro categorías de crímenes de guerra: i) infracciones graves (*grave breaches*) de los Convenios de Ginebra de 1949; ii) otras violaciones graves (*serious violations*) a las leyes y costumbres aplicables en un conflicto armado internacional; iii) graves violaciones (*serious violations*) del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, y iv) otras violaciones graves (*serious violations*) a las leyes y costumbres aplicables en un conflicto armado no internacional⁶⁹.

⁶⁶ Si bien no todas las conductas calificables como crímenes de guerra están incluidas en el ER, es necesario tener en cuenta que el derecho penal internacional distingue entre infracciones al DIH y graves infracciones. Sólo estas últimas tienen la connotación de crímenes de guerra. Sobre este punto también se ocupó la Corte Constitucional, en la Sentencia C-007 del 1º de marzo de 2018, cuando consideró que la expresión *graves crímenes de guerra* era inconstitucional, pues agregaba un elemento adicional de gravedad a lo que ya era grave.

⁶⁷ En el derecho penal se distingue entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material: la primera supone la simple vulneración de la norma que contiene el mandato o la prohibición, en tanto la segunda se refiere a la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Puede sostenerse que la seriedad de la violación sugiere que se haya afectado un bien jurídico con protección internacional y que la conducta esté prohibida doméstica o internacionalmente.

⁶⁸ "Artículo 4: Violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II. El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá el poder de enjuiciar a las personas que cometan u ordenen cometer violaciones graves del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra y su Protocolo adicional II del 8 de junio de 1977. Estas violaciones incluirán, pero no se limitarán a: (a) Violencia a la vida, salud y bienestar físico o mental de personas, en particular asesinato así como tratos crueles como tortura, mutilación o cualquier forma de castigo corporal; (b) Castigos colectivos; (c) Toma de rehenes; (d) Actos de terrorismo; (e) Los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de agresión indecente; (f) saqueo; (g) La aprobación de sentencias y las ejecuciones sin un juicio previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente, ofreciendo todas las garantías judiciales que los pueblos civilizados reconocen como indispensables; (h) Amenazas para cometer cualquiera de los actos anteriores" (Traducción no oficial de la SA).

⁶⁹ Así queda establecido en el artículo 8-c del Estatuto de Roma: "c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) **Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas**, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente



50. Como se observa en este análisis, el desarrollo normativo y jurisprudencial ha introducido la exigencia de gravedad o seriedad para que una infracción al DIH sea considerada un crimen de guerra y, por tanto, supere el umbral de amnistiabilidad⁷⁰. Los desarrollos consuetudinarios y jurisprudenciales internacionales en esta materia son relevantes para interpretar el ordenamiento transicional colombiano, en primer lugar, por cuanto se fundan en tratados internacionales ratificados por Colombia (C.P. art 93). En segundo lugar, debido a que en sí mismos constituyen fuentes del derecho internacional humanitario, si bien con distintos niveles de fuerza normativa (art 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y la Constitución establece que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario establecidas en ellas (C.P. arts 93 y 214-4). Y, además, en tercer lugar, debido a que recogen y concretan principios del derecho internacional que han sido aceptados por Colombia al ratificar tratados como el PA-II y el ER, y por ende el Estado se encuentra obligado a respetarlos de buena fe (C.P., art 9). En esa medida, debe resaltarse cómo en las decisiones y normas referidas se reconoce la importancia del elemento de seriedad o gravedad en la configuración del crimen internacional, teniendo en cuenta que se trata de crímenes que conciernen como un todo a la comunidad internacional⁷¹. De lo contrario, si no se da este requisito, bastaría con la persecución doméstica para actos que se deberían considerar como crímenes comunes. Como bien lo señala el TPIY, hay hechos que carecen del elemento de gravedad y que no tienen la entidad suficiente para ser considerados como crímenes de guerra⁷².

los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables” (negritas fuera del texto).

⁷⁰ Caso Tadic. Decisión de Apelación sobre Jurisdicción, Párrafo 94: *“La Sala de Apelaciones considera apropiado especificar las condiciones que deben cumplirse para que el Artículo 3 sea aplicable. Los siguientes requisitos deben cumplirse para que un delito esté sujeto a enjuiciamiento ante el Tribunal Internacional en virtud del Artículo 3: (i) la violación debe constituir una violación de una norma del derecho internacional humanitario; (ii) la norma debe ser de naturaleza consuetudinaria o, si pertenece al derecho de los tratados, deben cumplirse las condiciones requeridas (véase más adelante, párrafo 143); (iii) la violación debe ser “grave”, es decir, debe constituir una violación de una regla que protege valores importantes, y la violación debe implicar graves consecuencias para la víctima. Así, por ejemplo, el hecho de que un combatiente simplemente se apropie de una hogaza de pan en una aldea ocupada no equivaldría a una “violación grave del derecho internacional humanitario”, aunque puede considerarse que incumple el principio básico establecido en el artículo 46, párrafo 1, del Reglamento de La Haya (y la norma correspondiente del derecho internacional consuetudinario) por el cual “la propiedad privada debe ser respetada” por cualquier ejército que ocupe un territorio enemigo; (iv) la violación de la regla debe implicar, según el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que infringe la regla.”* (Traducción no oficial de la SA).

⁷¹ En el desarrollo histórico de los crímenes de guerra se excluía la posibilidad de su reconocimiento en los CANI. Sin embargo, dado el creciente interés de la comunidad internacional en la defensa de los derechos de las personas - como se ve en la doctrina de la Responsabilidad de Proteger-, incluso por encima de la soberanía estatal, hoy en día existe consenso alrededor del hecho que los crímenes de guerra, cometidos en un conflicto armado internacional o no internacional, afectan la conciencia humanitaria y ameritan que se les califique como crímenes internacionales. Esto se reconoce en el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 cuando se excluye de la amnistía a los crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y los de lesa humanidad.

⁷² Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. Fiscal vs. Tadic. Decisión sobre la Moción de Defensa Para la Apelación Interlocutoria sobre la Jurisdicción. Párrafo 94.



51. La Ley 599 de 2000 incorporó algunas de las infracciones al DIH y las tipificó como delitos en la legislación colombiana. El Título II del Libro II crea el bien jurídico de *Personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*, y dentro de ese capítulo se incluyen actos que van desde la perfidia, las represalias y el despojo en el campo de batalla, hasta la violencia sexual y el homicidio. En la doctrina y en la jurisprudencia penal colombianas se ha calificado a estos actos como crímenes de guerra, y no sólo como infracciones al DIH. Ya desde la exposición de motivos se equiparaban estos delitos cometidos *con ocasión y en desarrollo* del conflicto armado a un crimen de guerra⁷³. Desde entonces, esta categoría no ha sido problematizada. Sin embargo, a la JEP se le confía la potestad autónoma de interpretar las fuentes del derecho transicional, dentro de ellas las leyes penales internas y el derecho penal internacional (AL 1/17 arts. Trans. 5 y 22), y debe constituirse en una instancia crítica de las conceptualizaciones antecedentes, lo cual no implica que pueda desconocerlas o restarles el valor que inherentemente portan, sino que le corresponde evitar aplicaciones mecanicistas de los postulados doctrinales o jurisprudenciales anteriores a la instauración de la jurisdicción especial, y analizarlos a la luz del imperativo de una mejor realización de los principios de la transición. Por ello, entre otras cosas, puede hacer una calificación jurídica propia, conforme al derecho aplicable en esta jurisdicción⁷⁴. La SA considera necesario aclarar este punto, para facilitar el trabajo de la SAI, en especial cuando se trata de conductas contenidas y tipificables conforme al título II del libro II del Código Penal colombiano.

52. Una forma de hacer una distinción entre el crimen de guerra y las demás infracciones al DIH es hacer referencia a los elementos de gravedad y seriedad, tal y como lo hace el Estatuto de Roma en su artículo 8º. La Corte Constitucional, por otra parte, ha sentado unos criterios equivalentes para distinguir entre los crímenes de guerra y las otras infracciones al DIH. Para la Corte Constitucional, recogiendo la jurisprudencia internacional sobre la materia, los crímenes de guerra son las infracciones *graves* al DIH⁷⁵. Esto es, sólo en aquellos casos en los que la infracción supera un umbral de gravedad se puede calificar la conducta como un crimen de

⁷³ “Estos crímenes de guerra presentan una más intensa y múltiple lesividad frente a otras conductas punibles comunes, dado que con ellas se atenta, no solamente contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad corporal de personas protegidas, la dignidad, la libertad individual, el derecho a un debido proceso legal, sino que además ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados. En la propuesta legislativa se incluye un capítulo especial denominado *Conductas punibles contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*, que agrupa una serie de tipos que describen y penalizan aquellos comportamientos que representan las más graves infracciones a esa normatividad internacional que Colombia se comprometió a respetar y aplicar”. Citado en Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación 36460. MP. María del Rosario González Muñoz.

⁷⁴ Artículo 23 de la LEJEP.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2018. “Por ese motivo, el uso de la calificación de “grave” referida al crimen de guerra, y con miras a definir lo “no-ammistiable”, cuando en el ámbito del DIH y el DPI es claro que estos crímenes que, per se, entrañan una infracción grave al derecho internacional humanitario, implica la introducción de un factor de incertidumbre, pues de esa regulación se infiere, plausiblemente, que habría infracciones graves al derecho internacional humanitario que podrían ser objeto de amnistías, indultos o tratamientos penales especiales, cuando no presentan un estándar adicional de gravedad, sin que ese estándar se encuentre definido, ni existan criterios ciertos para su determinación”.



guerra. En ese sentido, no puede decirse, sin más, que las infracciones al DIH contenidas en el Código Penal colombiano sean todas crímenes de guerra, sin necesidad de efectuar una valoración jurídica adicional, sino solo aquellas en las que la infracción sea grave o seria. En consecuencia, no todos los delitos contenidos en el Código Penal bajo la denominación de *delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario* alcanzan la entidad necesaria para constituir un crimen de guerra. Pero también debe reconocerse que, si una conducta delictiva constituye una infracción grave al DIH, será calificada como crimen de guerra, con independencia de su inclusión en el catálogo del Libro II Título II del Código Penal colombiano.

53. Para la SA es necesario especificar cuándo se trata de un acto con la suficiente gravedad o seriedad para constituir un crimen de tal naturaleza. Como se ha sostenido en la jurisprudencia internacional, los crímenes de guerra deben vulnerar normas y valores de importancia para la comunidad internacional⁷⁶. No basta con que se viole la normativa doméstica, ya que ello no es suficiente para considerar la conducta como grave. Además, la infracción debe traer consecuencias significativas para la víctima y afectarla en sus derechos fundamentales. Los criterios concurrentes y orientadores que deben emplear las salas de justicia de la JEP para calificar un acto como crimen de guerra son, entonces, los siguientes:

- a. Que se trate de un acto cometido en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional en los términos del inciso 1º del artículo 62 de la LEJEP.
- b. Que el acto constituya una violación de una norma del derecho internacional humanitario aplicable al respectivo conflicto⁷⁷.

⁷⁶ Al tratarse de crímenes internacionales se requiere que superen un umbral de gravedad que amerite su calificación como crimen internacional y derivar consecuencias como, por ejemplo, la pérdida de la posibilidad de otorgar amnistías. Es el interés de la comunidad internacional el que justifica que se limite la soberanía del Estado en hacer uso de su facultad de abstenerse de investigar y sancionar.

⁷⁷ En el derecho internacional se discute sobre la necesidad de que la conducta haya sido tipificada o investigada como un crimen de guerra por tribunales internacionales o domésticos. Este es un requisito que no es aplicable al presente caso, dado que se trata de la aplicación de un beneficio transicional y no de la determinación de responsabilidad penal. Los tribunales internacionales han reconocido que, para que un acto se configure como un crimen de guerra, se requiere dar aplicación al principio *nulla poena sine iure*, esto es, que sea constitutivo de un delito conforme al sistema de fuentes existentes en el derecho penal internacional o en el derecho doméstico. De esto no se sigue que la norma en la cual se encuentre la punición de la conducta deba ser una norma penal doméstica o que haya sido estrictamente descrita en ella. Dicho de otro modo, ¿basta con que sea un acto contrario a derecho o se requiere que además se trate de un acto típico y antijurídico? El principio exige que, para considerar una conducta como delito, debe haber sido definido como tal dentro del sistema de fuentes del derecho doméstico o del derecho internacional. Pero ello exige que la norma haya sido accesible al imputado al momento de llevar a cabo su conducta, de manera que le hubiera sido posible motivarse conforme a ella.

- c. Que se trate de una vulneración de una entidad significativa, de manera que supere el umbral de seriedad o gravedad necesario⁷⁸, esto implica que se afecten intereses fundamentales para las víctimas –individuos, colectivos o sociedad–, produciendo una lesión o puesta en peligro con significado social de sus derechos fundamentales⁷⁹. No debe confundirse la exigencia de que la infracción sea grave, lo que versa sobre la naturaleza del crimen de guerra, con la gravedad como criterio de selección, contenido en el artículo 19 de la LEJEP. En este último caso se trata de una calificación sobre la posibilidad de la JEP de priorizar un caso por el grado de afectación de derechos y su violencia y sistematicidad, por lo que podría haber crímenes de guerra, de competencia de esta jurisdicción especial, que no sean seleccionados, en tanto no reúnen las condiciones establecidas en el artículo 19 ya citado⁸⁰.

54. La SAI, en los casos dudosos, debe identificar cuál es la norma o valor vulnerado para poder calificar la infracción como grave o seria. Pero hay otros casos en los cuales no cabe duda alguna de que se trata de un crimen de guerra por cuanto versa sobre actos cuya gravedad es tan clara que no son susceptibles de un mecanismo jurídico de amnistía. El homicidio en persona protegida⁸¹ y la violencia sexual cometida con ocasión y en desarrollo del conflicto armado⁸² son de aquellos casos en los cuales no es

⁷⁸ Esta posición es reiterada por el TPIR en el caso Akayesu y por el TPIY en los casos *Blaskic, Galic, Kordic & Cerkez* y en *Kunarac*. En el caso *Lubanga*, la CPI se refirió a la exigencia de seriedad para que el crimen de guerra se constituya. En el caso *Prosecutor v Naletilic & Martinovic*, se cita el caso *Krstic* para definir la seriedad de la conducta: “El daño grave no necesita causar un daño permanente e irremediable, pero debe involucrar un daño que va más allá de la infelicidad, la vergüenza o la humillación temporales. Debe ser un daño que resulte en una grave desventaja a largo plazo para la capacidad de una persona de llevar una vida normal y constructiva.” (Traducción no oficial de la SA).

⁷⁹ Por ello actos como no dar cigarrillos a un prisionero de guerra no tienen una connotación de gravedad suficiente, al no afectar intereses fundamentales de la víctima.

⁸⁰ En el ER se hace la misma distinción, en el que se incorpora, para efectos de competencia, la exigencia de que la conducta forme parte de un plan o política, sin que se pierda su competencia del todo en otros casos que sean de interés para ese tribunal. En el caso de la JEP, el hecho de que una conducta sea calificada como crimen de guerra, por cuanto es una infracción grave al DIH, no hace que sea seleccionable, ya que se deben comprobar los requisitos contenidos en el artículo 19 de la LEJEP y que se trate de una persona considerada como máxima responsable.

⁸¹ “a. *Atentados contra la vida y la integridad corporal i. Introducción 584 Los atentados contra la vida y la integridad corporal encabezan la lista de actos específicamente prohibidos por el artículo 3 común. La posición destacada que se da a esta prohibición subraya la importancia fundamental que tiene para garantizar el trato humano. 585 El artículo 3 común protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades. Por lo tanto, es evidente por qué el artículo prohíbe los atentados contra su vida e integridad corporal. Esos atentados no tienen ninguna relevancia para las operaciones o la capacidad militar del enemigo. No existe ninguna necesidad militar de atentar contra la vida de esas personas. El hecho de causar innecesariamente la muerte a una persona o de atentar contra su integridad física o mental es irreconciliable con la obligación de dar un trato humano que establece el artículo 3 común. 586 La prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal está reafirmada en el artículo 4(2) (a) del Protocolo adicional II. 587 El artículo 3 común ilustra la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal con una lista de actos prohibidos donde se enumeran “especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios” (...). Esto significa que los actos omitidos de la lista de ejemplos específicos pueden caer dentro de la prohibición más general. Por ejemplo, un acto que no llegue a ser tortura ni trato cruel puede estar prohibido de todos modos como atentado contra la vida”. Comentarios CICR al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 Pp. 113 -114.*

⁸² “ii. *La violencia sexual y la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura. 702. La violencia sexual con frecuencia caerá dentro de la prohibición de los “atentados contra la vida y la integridad corporal” y se ha hallado que constituye tortura, mutilación o tratos crueles. 703 El TPIY y el TPIR han sostenido que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura. Ambos tribunales, al igual que algunos*



necesario hacer *un test* de gravedad, pues el derecho penal internacional y la jurisprudencia doméstica e internacional los consideran como actos de suficiente entidad para constituir crímenes de guerra y no ser objeto de amnistía o indulto⁸³.

55. El derecho consuetudinario y el derecho estatutario consideran al homicidio en persona protegida como una infracción grave al derecho internacional humanitario y, por tanto, un crimen de guerra. De esta manera se trata en la Carta de Londres que crea el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios. Y se extiende a los CANI en el Estatuto del TPIY y el TPIR, así como en el artículo 8º de la CPI y sus elementos del crimen. Para la SA, por tanto, es claro el carácter de crimen de guerra del homicidio en persona protegida. Una vez establecido lo anterior, corresponde a la SA determinar si i) procede la variación de la calificación jurídica de la conducta; ii) si los miembros de la Policía Nacional son personas protegidas frente al DIH; y iii) si el homicidio de una persona que pertenece a esta fuerza civil, perpetrado en el marco del CANI, debe ser tratado como un crimen de guerra. Previo a ello, se analizará el requisito de conexidad con el CANI, como uno de los requisitos constitutivos de los crímenes de guerra.

El nexó con el conflicto armado

56. Un elemento adicional, desde la perspectiva del derecho internacional, es que los actos del procesado, para poder calificarlos como un crimen de guerra, estén

organismos de derechos humanos, hallaron que la violación per se alcanzaba el umbral de severidad para ser tortura, ya que necesariamente implica dolor y sufrimiento severos. Por ejemplo, en el caso Kunarac, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que “[l]a violencia sexual necesariamente causa dolor y sufrimiento severos, así sean físicos o mentales, y por ello se justifica su caracterización como un acto de tortura”. El TPIY consideró también que ser forzado a observar ataques sexuales contra un conocido también era tortura para el observador forzado. 704. Asimismo, se ha sostenido que ciertos actos de violencia sexual constituyen mutilaciones o tratos crueles o inhumanos. En el caso Prlić, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que “toda violencia sexual infligida a la integridad física y moral de una persona por medio de amenaza, intimidación o fuerza, de tal forma que degrade o humille a la víctima, puede constituir trato inhumano”. Se ha hallado también que la esterilización involuntaria constituye trato cruel. Un ejemplo de mutilación en el contexto de violencia sexual es la mutilación de órganos sexuales. iii. La violencia sexual y la prohibición de los atentados contra la dignidad personal. 705. La prohibición de los “atentados contra la dignidad personal” que contiene el artículo 3 común abarca los actos de violencia sexual. Esta interpretación ha sido confirmada por la posterior inclusión de algunos actos de violencia sexual como atentados contra la dignidad personal en el artículo (4)(2)(e) del Protocolo adicional II y en los estatutos de tribunales penales internacionales. El artículo (4)(2)(e) del Protocolo adicional II enumera los “atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”. Los Estatutos del TPIR y el TESL también enumeran la violación, la prostitución forzada y toda forma de atentado al pudor como atentados contra la dignidad personal conforme al artículo 3 común. 706 Los tribunales internacionales han sostenido, en numerosas ocasiones, que la violencia sexual corresponde a la categoría de atentados contra la dignidad personal, incluidos los tratos humillantes y degradantes. Algunos ejemplos de violencia sexual considerada trato humillante o degradante son los siguientes: violación, desnudez pública forzada, esclavitud sexual, incluido el secuestro de mujeres y niñas como “esposas de los bosques”, una forma conyugal de esclavitud sexual, atentado contra el pudor⁶³¹, o hacer padecer el temor constante a ser sometido a violencia física, mental o sexual⁶³². En el caso Bagosora, la Sala de Primera Instancia del TPIR halló al acusado culpable de atentados contra la dignidad personal por violación como infracción del artículo 3 común y del Protocolo adicional II. 707. Por último, también es importante observar que algunos actos de violencia sexual se han reconocido como crímenes de guerra distintos en conflictos armados internacionales y no internacionales, y fueron incluidos como tales en el Estatuto de la CPI”. Comentarios CICR al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949. Pp. 164 – 166.

⁸³ Conforme al parágrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual no podrán ser en ningún caso objeto de amnistía o indulto.



relacionados con el conflicto armado, lo que se ha denominado como el nexo con el conflicto⁸⁴. El primer caso en el derecho penal internacional en el que se analiza este elemento es la sentencia del caso *Kunarac* del TPIY, del 22 de febrero de 2001. En esta decisión, el TPIY afirma que debe haber un nexo entre el acto del acusado y el conflicto armado. Para la Sala de Juicios, es irrelevante que el acto no tenga correspondencia geográfica con el lugar del combate, teniendo en cuenta que el DIH se sigue aplicando en todo el territorio nacional, precisamente por la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional. Por tal razón, la Sala del TPIY consideró que el requisito es que el acto esté en estrecha relación con el conflicto armado. Es posible, por ejemplo, que actos cometidos con posterioridad al combate, con el propósito de aumentar o aprovechar la ventaja dada por el enfrentamiento armado, cumplan el requisito de nexo con el conflicto armado.

57. Como se afirma en el caso mencionado, el conflicto armado no tiene que ser necesariamente la causa del acto, pero sí debe, al menos, jugar un papel substancial en, por ejemplo, la habilidad de quien lo ha cometido, en su decisión de cometerlo o en la manera de hacerlo. El delito debe ser dependiente o configurado por el entorno, esto es, por el CANI, para poder afirmar la existencia del nexo con el conflicto⁸⁵. Para poder determinar este nexo se pueden tener en cuenta algunos parámetros, como el hecho que el autor sea un combatiente, que la víctima sea un civil que no participa directa o indirectamente de la confrontación, que la víctima sea del bando enemigo, que el acto sea parte de la campaña militar o que haya sido cometido en desarrollo de los deberes oficiales del autor.

58. Otros tribunales internacionales, como el de Ruanda, tienen una visión un poco más flexible y solo exigen que haya un nexo directo o una conexión directa con el conflicto, sin explicar en qué consiste este requisito. En el caso *Rutaganda*, el TPIR analizó los efectos del criterio “bajo la guisa” (*under the guise*) o “con el pretexto” del conflicto armado. Para el Tribunal, este criterio no se puede entender sólo como cometido al mismo tiempo o bajo circunstancias creadas por el conflicto⁸⁶, sino que debe haber sido ejecutado en estrecha conexión con el CANI, es decir, bajo su manto⁸⁷.

⁸⁴ Esto no excluye que se puedan sancionar ciertos actos, cometidos en un CAI o en un CANI, bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad, si se dan los elementos de sistematicidad o generalidad, que el acto constituya un ataque en contra de una población civil, que se cometa como parte de un plan o política y que se trate de uno de los actos listados como tal en el derecho penal internacional, como el homicidio, la tortura, la desaparición forzada, entre otros. Cfr. Art. 7º del ER y 7º de los Elementos del Crimen de la CPI.

⁸⁵ Judgement, *Kunarac and others* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A). Párr. 57 y 58.

⁸⁶ *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda vs The Prosecutor*. Case No. ICTR-96-3-A. Judgement. 26 de mayo de 2003.

⁸⁷ Los criterios para demostrar el nexo con el conflicto armado han sido utilizados para demostrar la existencia de un crimen de guerra. Por ello, la idea detrás de todos los requisitos y de estas interpretaciones es demostrar que se trata de actos que han pervertido prácticas y tácticas militares aceptadas. Los criterios ofrecidos por el derecho internacional son insuficientes y, por ello, las cortes domésticas han debido adaptarlos a los casos concretos. En el caso *Mpambara*, que se llevó ante la Corte del Distrito de La Haya, la Corte de Apelaciones entendió que el conflicto armado se debe entender como facilitador de los delitos, una licencia para su comisión. Su influencia fue decisiva



59. El artículo 62 de la Ley 1957 de 2019 incluye estos elementos como componentes del factor material de competencia. Esto simplemente significa que en los casos en los cuales se investiga un crimen de guerra no es necesario analizar dos veces la relación de la conducta con el conflicto armado, pues ella ya ha sido analizada al momento de estudiar el factor material. El nexo material con el conflicto es de suma importancia para demostrar la existencia de un crimen de guerra y, en el derecho penal internacional, permite distinguirlos de los crímenes de lesa humanidad (CLH), ya que en los últimos no se requiere probar ese nexo⁸⁸. En el caso colombiano, dada la exigencia del artículo 62 de la LEJEP de demostrar la relación con el CANI, sí es necesario establecer el nexo material para todos los delitos de competencia de la jurisdicción especial. Por ello, es preciso, para distinguir un crimen de lesa humanidad de uno de guerra acudir a los elementos constitutivos de ellos, como es el hecho de que en los CLH debe demostrarse que el acto es parte de un ataque masivo o sistemático contra la población civil y el resultado de una política estatal o del grupo (elemento de contexto o hecho global)⁸⁹.

Variación de la calificación jurídica y aplicación de la norma más favorable

60. En el presente caso, el compareciente fue condenado por el delito de homicidio agravado, cometido en contra de un miembro de la Policía Nacional y con ocasión y en desarrollo con el conflicto armado de carácter no internacional. La SAI no varió la calificación de la conducta, pero sí consideró que se trataba de un crimen de guerra y, por ello, negó la amnistía. La SA procede a estudiar este punto en relación con el principio de favorabilidad⁹⁰.

para la comisión de los delitos y la oportunidad para hacerlo. El conflicto funciona como un manto que hace posible el delito.

⁸⁸ Los crímenes de lesa humanidad pueden tener lugar en situaciones de paz o en relación con un conflicto armado de carácter internacional o no internacional. Decisión sobre la jurisdicción en el caso ŠEŠELJ Vojislav - (IT-03-67-AR72.1) – TPIY. Párrafo 12 - 15.

⁸⁹ Artículo 6º del ER y 6º de los Elementos del Crimen del mismo estatuto. En la introducción a los CLH en estos se establece: “1. Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo. // 2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole. // 3. Por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política ... de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”.

⁹⁰ La SA tiene la competencia para variar la calificación jurídica de la conducta, sin que ello constituya detrimento alguno para el compareciente, por las siguientes razones: i) se trata de una facultad que el constituyente y el



61. La variación de la calificación de la conducta se regula conforme a lo dispuesto en el artículo 5º del AL 1 de 2017⁹¹ y el 23 de la LEJEP. En este artículo se establece:

Para efectos del SIVJRN, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en las normas de la parte general y especial del Código Penal Colombiano y/o en las Normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad.

La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional.

62. La Corte Constitucional, en la sentencia C-007 de 2018, analizó este aspecto en relación con el principio de legalidad. Para la Corte, la calificación jurídica va más allá de la mera tipificación penal y busca también la concreción o la procedencia de los beneficios transicionales. Esto es, la JEP no determina el carácter delictivo de la conducta, sino el alcance de los beneficios frente a la calificación jurídica que haya que darle. Por tanto, esta figura tiene relevancia no para la imposición de la pena, sino para la determinación de los beneficios correspondientes⁹². Esto significa que no aplica el

legislador le han otorgado a las salas y secciones de la JEP, y fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-080 de 2018; ii) la variación de la calificación jurídica tiene efectos en los trámites de la JEP, pero no afecta la situación de los comparecientes ante la jurisdicción ordinaria, es decir, si el caso regresa a esa jurisdicción la variación hecha en el proceso transicional queda sin efectos; iii) la medida no afecta a la sanción impuesta en la jurisdicción ordinaria, ya que en la JEP se aplican otro tipo de sanciones mucho más favorables; iv) en el presente caso, además, la calificación como crimen de guerra ya viene dada por la SAI y lo único que hace la SA es ajustarlo al tipo penal más adecuado, sin que se afecte la situación que el compareciente traía de la primera instancia.

⁹¹ “La JEP al adoptar sus resoluciones o sentencias hará una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal Colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad”.

⁹² Sentencia C-007 de 2018: “431. En la parte del derecho aplicable por la JEP que no busca exclusivamente la imposición de una sanción, sino que prevé la concesión de amplios beneficios (penas menos intensas, amnistías, indultos, renuncia a la persecución penal, beneficios de libertad, etc), el principio de legalidad opera, aunque no con la misma intensidad que en la llamada parte mala. Además, la centralidad de los derechos de las víctimas exige la aplicación del principio de favorabilidad, tanto frente al procesado, como frente a las víctimas, pues en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe también el principio pro persona. Esta situación puede exigir, incluso, el desarrollo de complejos principios de ponderación por parte de los magistrados y magistradas de la Jurisdicción Especial para la Paz // Ninguna de las personas que pretende acceder a un beneficio dentro del Sistema es, entonces, sorprendido por la creación de un tipo penal ex post facto, sin perjuicio de la tarea de adecuación entre derecho interno y derecho internacional que realizarán los magistrados de la JEP para determinar, por ejemplo, la fecha desde la cual existía un crimen internacional no susceptible de amnistía, indulto, renuncia a la persecución penal y otros beneficios de la Ley 1820 de 2016”.



principio de favorabilidad en la manera estricta en que se hace en el ordenamiento penal, sino que debe interpretarse para los fines de la justicia transicional⁹³.

63. El artículo 23 mencionado dispone que en la variación de la calificación jurídica se tendrá en cuenta el principio de favorabilidad. Lo propio se hace en el artículo 11 de la Ley 1820 de 2016, que establece que *“en la interpretación y aplicación de la presente ley se garantizará la aplicación del principio de favorabilidad para sus destinatarios”*. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-007 de 2018, analizó este precepto y concluyó:

637. Finalmente, debe advertirse que (i) aunque el principio de favorabilidad constituye una garantía en favor de investigados o procesados dentro de un proceso de naturaleza penal, y que (ii) la configuración del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, específicamente en su componente judicial, implica la aplicación de diferentes fuentes normativas (Derecho Penal Colombiano, Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional), (iii) la vigencia del principio de favorabilidad no puede implicar el desconocimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar, con el alcance ya expuesto en el acápite pertinente, ni el desconocimiento de la obligación de garantizar los derechos de las víctimas y la comunidad en general. || 638. Esto es, la lectura que debe darse a la aplicación de este principio requiere de una armonización con la vigencia de otros, igualmente importantes, que inspiran la configuración del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, como el deber de investigar, juzgar y sancionar, y la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la comunidad.

64. El principio de favorabilidad se puede entender de dos maneras: por una parte, se acude a él cuando la conducta ha caído bajo la regulación de diferentes normas en el tiempo. En ese caso, la solución es aplicar la norma más favorable⁹⁴. Pero esto supone que el núcleo de la interpretación es el mismo y que la única diferencia es la posibilidad

⁹³ La Corte Constitucional, en la sentencia C-080 de 2018, declaró la constitucionalidad del artículo 23 de la LEJEP por las siguientes razones: i) hay correspondencia material y teológica con el inciso 7º del artículo 5º transitorio del AL 1 de 2017; ii) la importancia de que la JEP cuente con instrumentos normativos del orden nacional e internacional para sustentar sus decisiones en el marco constitucional de la justicia transicional en Colombia, en relación con su ámbito competencial; iii) el respeto al principio de legalidad e irretroactividad, que es diferente del principio de tipicidad; iv) *En cuanto al principio de favorabilidad, como se ha dicho a lo largo de esta providencia, su aplicación debe ponderarse con los derechos de las víctimas. Como lo sostiene el Señor Procurador en su concepto “la calificación de la conducta se puede hacer incluso si su imputación es aparentemente desfavorable para el imputado, pero favorable a la garantía de los derechos de las víctimas”. Esto por cuanto el objetivo general de superación de la impunidad permite aplicar la norma que mejor permita el señalamiento de responsabilidad, dado la gravedad de los crímenes, en relación con los beneficios que eventualmente recibirán los responsables. Lo anterior, en armonía con lo dicho por la Corte en la Sentencia C-007 de 2018.*

⁹⁴ El artículo 29 de la Constitución Política incluye el principio de favorabilidad dentro del derecho al debido proceso. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*



de aplicar dos o más normas que no coinciden en el tiempo (la norma anterior y la posterior). Pero un asunto mucho más complejo es cuando varias normas coexisten en el tiempo y podrían regular el mismo asunto⁹⁵. En este caso la solución de la norma más favorable es errada por cuanto sólo una norma puede alcanzar el núcleo de la interpretación y es solo esa la que debe regularla. Diferentes normas, coexistentes en el tiempo, regularían aspectos de la conducta, pero sólo una de ellas lo haría de manera completa. Por ello, se ha previsto que en esos casos la norma especial se aplique de preferencia a la general, ya que ésta abarca aspectos muy generales de la conducta, en tanto aquella sí se ocupa del acto analizado en su totalidad.

65. En el derecho penal colombiano se reconoce el principio del *favor rei*, esto es, que, frente a dos interpretaciones posibles, y superada la aplicación del criterio de especialidad, siempre se prefiere la interpretación más favorable al procesado. Este es un principio que se deriva del principio *in dubio pro reo* o *pro inoenti*, contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8-2, y emerge de la obligación del Estado de demostrar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de la persona⁹⁶. No es este el principio al cuál se hace referencia en el derecho transicional, dado que las fuentes son diversas y van más allá del derecho penal doméstico e internacional. Desde la perspectiva del derecho transicional, el principio de favorabilidad exige una ponderación entre el principio *pro persona* y el principio *pro víctima*⁹⁷, entendiendo que la centralidad de las víctimas en la jurisdicción para la paz exige adoptar la interpretación que mejor garantiza sus derechos. Esto obliga a atender al objeto de protección de la norma y adoptar la interpretación que mejor logre esa finalidad. De este modo, en el caso en estudio, es necesario tener en cuenta la necesidad prevalente de proteger los derechos de las víctimas frente a la recomendación del artículo 6(5) del PA-II de otorgar las máximas amnistías posibles.

66. Por tanto, para la SA, los citados artículos 11 y 23 no llevan a desconocer, en el presente caso, las reglas de interpretación de las normas penales, sino a precisar que, cuando no hay conflicto de normas en el tiempo, no cabe invocar este principio, sino dar aplicación al criterio de especialidad, desde una perspectiva que tenga en cuenta los derechos de las víctimas. Así, si un homicidio es cometido con ocasión y en relación

⁹⁵ Como en este caso el artículo 135 y el 103 y 104 del Código Penal.

⁹⁶ “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

⁹⁷ Artículo 1-d de la Ley 1922 de 2018.



con el conflicto y la víctima es una persona que no está tomando parte directa en las hostilidades o que no tiene función continua de combate, por ejemplo, no hay hesitación sobre el hecho de que se trata de un homicidio en persona protegida y, por tanto, no puede haber disputa entre interpretaciones, pues hay solo un posible horizonte hermenéutico. Esta variación supone acudir al tipo penal más adecuado a las necesidades del derecho transicional. No se limita a la calificación del acto como un crimen internacional, sino que si hay un tipo penal en el derecho doméstico que recoge de mejor manera la naturaleza de la conducta frente al derecho penal internacional, es a ese tipo especial al cual hay que acudir. Así, es claro para la SA que el homicidio en persona protegida es un tipo penal más adecuado que el de homicidio agravado, a pesar de que los dos puedan constituir crímenes de guerra, por cuanto el primero recoge los elementos relevantes de la conducta, a saber: un acto cometido en relación y con ocasión del conflicto armado no internacional y en contra de una persona protegida por el DIH⁹⁸.

Los miembros de la Policía Nacional gozan, en principio, del estatus de persona protegida en el DIH salvo cuando la unidad a la que pertenecen ha sido incorporada de iure o de facto a las fuerzas militares, o cuando el individuo toma parte directa en las hostilidades, y sólo mientras dura tal participación

67. El derecho internacional humanitario se fundamenta, entre otros elementos, en el principio de distinción entre personas civiles y combatientes. Conforme a este principio, son civiles quienes no toman parte directa en las hostilidades y gozan de la protección del DIH en contra de ataques. En materia de la imputación penal esto tiene consecuencias importantes, dado que el homicidio de una persona protegida por el DIH y cometido en relación o con ocasión del conflicto armado constituye un crimen de guerra y, por tanto, no es susceptible de amnistía o indulto, conforme a lo dispuesto en el párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016. En materia de conducción de las hostilidades los principios que se aplican son los de necesidad, proporcionalidad⁹⁹, humanidad¹⁰⁰, tratamiento humanitario¹⁰¹ y limitación¹⁰².

⁹⁸ En la decisión de la justicia ordinaria, el señor Guzmán fue condenado por el delito de homicidio agravado por la condición de servidor público de la víctima y no por la de ser una persona protegida frente al DIH.

⁹⁹ Este principio lleva a que solo la conducta que es necesaria para alcanzar la victoria sea admisible, y por ello todo acto desproporcionado se encuentra prohibido.

¹⁰⁰ Este principio regula el grado de violencia permitida, por lo que se prohíbe todo exceso.

¹⁰¹ Conforme a este principio se demanda el trato justo y digno entre los combatientes.

¹⁰² Este principio está en estrecha conexión con los de distinción, precaución en el ataque, proporcionalidad y necesidad militar. Al igual que el principio de humanidad, busca limitar o restringir los métodos y medios de ataque en el desarrollo de las operaciones militares. Por ello se prohíbe la perfidia, el uso ilegítimo de emblemas, y la orden de no dar cuartel.



68. La SA debe dar respuesta a la pregunta acerca del estatus de las fuerzas de policía y qué pasa cuando algunas de sus unidades intervienen en el conflicto¹⁰³. Como lo señala el concepto de la Universidad de la Sabana, no existe consenso en el derecho internacional humanitario con respecto a este punto y, por ello, es preciso hacer un estudio contextual sobre la participación de las unidades de policía. La pregunta fundamental es si la destinación de una unidad implica que la Policía Nacional ha sido incorporada *in toto* a las fuerzas militares y, por tanto, todo el cuerpo de policía a nivel local y nacional pierde la protección que el DIH otorga a las personas civiles.

69. El artículo 43 del PA-I define a las Fuerzas Armadas del Estado y dentro de ellas incluye a todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, que están bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados. Estas fuerzas deben estar sometidas a un régimen de disciplina que haga cumplir las normas del DIH. En el CAI, los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto adquieren el estatus de combatientes, es decir, tienen derecho a participar en las hostilidades, pero también pueden ser objeto de ataque si ello representa una ventaja militar¹⁰⁴. En cuanto a los servicios armados encargados de velar por el orden público, para poder incorporarlos a las fuerzas armadas, en los términos del artículo 43 del PA-I –aplicable a los conflictos armados internacionales– se debe notificar a las otras partes en conflicto. La incorporación a las fuerzas armadas puede ser de derecho, si media un acto oficial como una ley o un decreto, o, de hecho, si ha sido asignada la unidad a operaciones militares. También puede darse el caso en el que un individuo, miembro de un cuerpo armado encargado de velar por el orden público, participe de manera directa en las hostilidades, por lo que es claro que pierde la protección acordada por el DIH, pero solo mientras dure esa participación.

¹⁰³ Podría sostenerse que el artículo 10 del Acto Legislativo 1 de 2017 ya resuelve la cuestión al calificar como combatientes a todos los miembros de la Fuerza Pública y a los miembros de las FARC-EP. Sin embargo, esta interpretación es errada, por las siguientes razones: i) El mencionado artículo claramente limita su alcance a los efectos de la revisión, con la finalidad de distinguir aquellos casos en los cuales la SR tiene competencia para revisar las sentencias condenatorias dictadas por la justicia ordinaria, de aquellos en los que la competencia es de la Corte Suprema de Justicia; ii) Esta limitación tiene sentido, dado que las fuentes del derecho transicional son variadas, y no se limitan al derecho doméstico. Por ello, frente a la calidad de un sujeto como persona protegida se debe acudir a las reglas del derecho internacional humanitario, las cuales tienen también carácter constitucional, conforme a la teoría del bloque de constitucionalidad (Sentencia C-225 de 1995); iii) Aceptar esta interpretación implicaría eliminar la distinción entre personas que apoyan el esfuerzo de guerra y personas que tienen una función continua de combate, ya que sólo estos últimos tienen la condición de combatiente y, por tanto pierden la protección del derecho internacional. Esto supondría que, según esta interpretación, todos los miembros de las FARC-EP, combatientes y personas que apoyan el esfuerzo de guerra, perderían la protección acordada por el DIH. Esto iría en contra de lo resuelto por la SA en los Autos TP-SA 350 del 11 de diciembre de 2019 y TP-SA 424 del 16 de enero de 2020, en donde precisamente trata de hacer una distinción entre integrantes, colaboradores subordinados y colaboradores no subordinados.

¹⁰⁴ El derecho internacional de los CAI regula las situaciones en las cuales es legítimo atacar a un combatiente. No es legítimo atacar a quien se rinde, está herido, o, de cualquier manera, ha dejado de ser una amenaza militar. La regla 47 del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario señala: “Norma 47. *Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: a) que está en poder de una parte adversa; b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse*”.



70. Una concepción amplia de las fuerzas armadas, en el marco del DIH, supone, entonces, la inclusión de las fuerzas de policía *in toto* dentro de las fuerzas armadas. Sin embargo, como se señala en los conceptos presentados por las diferentes organizaciones y universidades, debe distinguirse entre las labores de protección de la seguridad ciudadana¹⁰⁵ (*law enforcement*) y las operaciones militares. Cuando un cuerpo de policía desarrolla de manera exclusiva operaciones de seguridad ciudadana, está cumpliendo con una actividad que la constitución y la ley le otorgan de manera primaria, por lo que debe concluirse que en esos casos no se pierde el estatus de persona protegida¹⁰⁶. Lo mismo ocurre cuando otros cuerpos judiciales actúan en cumplimiento de la ley -como un acto de captura de una persona requerida por la autoridad judicial- o cuando los civiles se defienden legítimamente del ataque de un grupo guerrillero¹⁰⁷. Es por eso que en el derecho internacional de los conflictos armados se ha acordado el estatus de neutralidad a los cuerpos armados encargados del cumplimiento de la ley, tal y como lo señala el concepto de la Universidad de los Andes, que cita el artículo 16 de la Convención de La Haya de 1907, *Relativo a los Derechos y a los Deberes de las Potencias y de las Personas Neutrales en caso de Guerra Terrestre*¹⁰⁸.

71. En consecuencia, *prima facie*, el DIH da a las fuerzas de policía la protección que ese cuerpo normativo otorga a las personas civiles. En el marco de un CAI, si se incorporan los cuerpos de policía a las fuerzas militares, tal incorporación debe ser comunicada formalmente a la parte contraria. Pero, como se sostuvo, la incorporación también puede ser *facto* y no habría, entonces, una clara obligación de notificar. En estos casos, tal hecho solo afecta a la unidad específica que ha sido incorporada, de la misma manera que la intervención de un civil o un cuerpo de civiles en las hostilidades no afecta el estatus de la población civil como un todo.

¹⁰⁵ No debe confundirse el concepto de seguridad ciudadana con otros como orden público, seguridad nacional, seguridad pública, etc. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, desde una perspectiva de desarrollo humano y de seguridad humana, define a la seguridad ciudadana como “el proceso de establecer, fortalecer y proteger el orden civil democrático, eliminando las amenazas de violencia en la población y permitiendo una coexistencia segura y pacífica. Se le considera un bien público e implica la salvaguarda eficaz de los derechos humanos inherentes a la persona, especialmente el derecho a la vida, la integridad personal, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de movimiento. // La seguridad ciudadana no trata simplemente de la reducción de los delitos sino de una estrategia exhaustiva y multifacética para mejorar la calidad de vida de la población, de una acción comunitaria para prevenir la criminalidad, del acceso a un sistema de justicia eficaz, y de una educación que esté basada en los valores, el respeto por la ley y la tolerancia”. Ver: PNUD. *Sinopsis: Seguridad Ciudadana. Prevención de Crisis y Recuperación*. Enero de 2013 y PNUD. *Informe de Desarrollo Humano para América Latina 2013 – 2014. Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnóstico y propuestas para América Latina*. Panamá: PNUD, 2014.

¹⁰⁶ Artículo 59-3: “3. La presencia en esa localidad de personas especialmente protegidas por los Convenios y por el presente Protocolo, así como la de fuerzas de policía retenidas con la única finalidad de mantener el orden público, no se opone a las condiciones señaladas en el párrafo 2”.

¹⁰⁷ Esto significa que la condición de persona protegida no depende del actor armado sino de la naturaleza propia de la Policía Nacional. Es decir, del hecho de que las FARC-EP atacaran de manera constante a las estaciones de policía no implica que, por ese solo hecho, los miembros de esa institución perdieran su condición de personas protegidas.

¹⁰⁸ El artículo 16 dispone que “[s]on considerados como neutrales los nacionales de un Estado que no tome parte en la guerra”; en tanto el 18 lo complementa señalando que “[n]o se considerarán como actos cometidos en favor de una de las partes beligerantes, en el sentido del artículo 17, letra b); (a) Los suplementos que se hicieren o los empréstitos que se concedieren a una de las partes beligerantes, con tal de que el suministrador o mutuante no habite ni el territorio de la otra parte ni el territorio ocupado por ella, y con tal de que los suplementos no provengan de ninguno de esos territorios; (b) **Los servicios prestados en materia de policía** o de administración civil” Subrayas y negrillas fuera del texto.



72. El concepto de la Universidad del Rosario destaca el caso *Johan Tarčulovski*, del TPIY, en el cual distingue entre una operación legítima de aplicación de la ley y las operaciones militares¹⁰⁹. El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) también parte de la base de esa distinción, cuando, en el caso *RUF*, la Sala de Primera Instancia señaló que las fuerzas de policía sólo perdían la protección cuando tomaban parte directa en las hostilidades y mientras durara esa participación¹¹⁰. En el caso *Sesay*, ya citado, se presume el carácter civil de la Policía cuando ejecuta sus tareas de cumplimiento de la ley. Esto significa que en el derecho internacional humanitario se considera, en general, a las fuerzas de policía como personas civiles. Sólo se pierde ese estatus si se prueba su participación directa en las hostilidades (dimensión funcional) o la incorporación de hecho o de derecho de algunas de sus unidades a las fuerzas militares (dimensión orgánica)¹¹¹; caso en el cual, los integrantes de las mismas serán tratados como si fueran *combatientes*, con todo lo que ello implica.

¹⁰⁹ Si bien en el caso el TPIY para Yugoslavia no se reconoció la condición de persona protegida, por cuanto la operación era militar, sí se destaca el reconocimiento de que en casos de simple aplicación de la ley no se puede afirmar incorporación de facto a las Fuerzas Militares. Esta doctrina se ratifica en los casos *Miroslav Kvocka* y *Vlatko Kupreskic*.

¹¹⁰ El concepto del IFIT destaca lo sostenido por el TESL en el caso *Sesay*, al considerar que las fuerzas de policía se consideran como civiles para efectos del DIH y, por tanto, sólo pierden su condición de personas protegidas si toman parte directa en las hostilidades y mientras dure esa participación. En el caso *Sesay*, en el que juzgó a un miembro de la policía, este Tribunal Internacional Mixto sostuvo: “86. La Cámara de Apelaciones ha confirmado que quienes fueron percibidos como “colaboradores” tienen la condición de civil según el derecho internacional. La Cámara opina que las personas acusadas de “colaborar” con el gobierno o las fuerzas armadas solo se convertirían en objetivos militares legítimos si participan directamente en las hostilidades. Apoyar indirectamente o no resistir una fuerza de ataque es insuficiente para constituir dicha participación. Además, incluso si se pudiera considerar que tales civiles participaron directamente en las hostilidades, solo calificarían como objetivos militares legítimos durante el período de su participación directa. Si hay alguna duda sobre si un individuo es un civil, se debe suponer que es un civil y no puede ser atacado simplemente porque parece dudoso. Sin embargo, cuando se trata de establecer el estado civil a los fines de un enjuiciamiento penal, es la Fiscalía la que tiene la responsabilidad de hacerlo. (...) 102. La Cámara reconoce que el Artículo Común 3 [de los Convenios de Ginebra de 1949] se aplica a “[personas] que no participan activamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas y los que fueron colocados fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o cualquier otra causa”, mientras que [el Protocolo adicional de 1977] II se aplica a” todas las personas que no participan directamente o que han dejado de participar en las hostilidades”. Sostenemos que estas frases son tan similares que, por lo tanto, deben tratarse como sinónimos y clasificarse como “todas las personas que no participan directamente en las hostilidades en el momento de la presunta violación”. Del mismo modo, los colaboradores o los agentes de policía son personas protegidas mientras no participen directamente en las hostilidades. // 103. La Cámara recuerda además que la prueba aplicada por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Tadic* era si, en el momento del presunto delito, la presunta víctima del delito participaba directamente en “esas hostilidades en el contexto de que se dice que se cometieron los presuntos delitos”. [TPIY, caso *Tadić*, Sentencia, § 615] Adoptando la posición adoptada por la Sala de Juicio del TPIY en la Sentencia de *Tadic*, esta Sala sostiene que no tiene ningún propósito útil embarcarse en una definición exhaustiva de las categorías de personas de las que puede decirse que no participan directamente en las hostilidades. // 104. La Cámara observa que el artículo 13 (3) del Protocolo adicional II establece que los civiles son inmunes a los ataques mientras no participen directamente en las hostilidades. La cuestión de si los civiles han participado directamente en las hostilidades debe decidirse sobre los hechos específicos de cada caso y debe haber una relación causal suficiente entre el acto de participación y sus consecuencias inmediatas. La Cámara considera que la participación directa debe entenderse como “actos que, por su naturaleza o propósito, pretenden causar un daño real al personal y al material enemigo”. *Prosecutor v Issa Hassan Sesay, et al.* Sentencia del 2 de marzo de 2009. Caso SCSL-04-15-T. *Negrillas y subrayas fuera del texto (Traducción no oficial de la SA)*.

¹¹¹ *Prosecutor v Issa Hassan Sesay, et al.* Sentencia del 2 de marzo de 2009. Caso SCSL-04-15-T: “87. Los organismos armados de un Estado, encargados de hacer cumplir la ley, generalmente tienen el mandato de proteger y mantener el orden interno del Estado. Por lo tanto, como una presunción general y en la ejecución de sus deberes típicos de aplicación de la ley, dichas fuerzas se consideran civiles a los efectos del derecho internacional humanitario. Esta misma presunción no existirá para la policía militar o la gendarmería que operan bajo el control de los militares. La Cámara observa que, de conformidad con las disposiciones de la Constitución de 1991 y la Ley de policía de 1964, la Policía de Sierra Leona opera bajo el control del Ministro



73. La SA considera que existen razones suficientes para considerar a la Policía Nacional como un cuerpo civil, protegido de manera general como las personas civiles por el DIH, y solo excepcionalmente sin esa protección cuando la persona individual toma parte en las hostilidades y mientras dura tal participación, o restarle la protección de forma general, respecto de las unidades que han sido incorporadas de hecho o de derecho a las fuerzas militares. Esta interpretación no solo está basada en la jurisprudencia internacional, como se ha mostrado en este acápite, sino en la práctica y jurisprudencia colombiana, como se verá a continuación¹¹².

La Policía Nacional es parte de la Fuerza Pública pero no por ello pierde su condición de cuerpo armado civil

74. Las Fuerzas Armadas de un Estado se determinan de *iure* por la Constitución y la Ley. En el caso colombiano, la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional, y el jefe común a estas dos instituciones es el presidente de la República, como comandante supremo de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, al contrario de otros países, en Colombia la Policía Nacional depende del Ministerio de Defensa y sus oficiales tienen rangos similares a los de las Fuerzas Militares. Esto llevaría a sostener, que esa inclusión como parte de ese Ministerio hace que, en el derecho internacional de los conflictos armados no internacionales, los miembros de la Policía Nacional hayan sido incorporados de *iure* a las Fuerzas Armadas, por lo que no estarían protegidos como personas civiles, en los términos del DIH, y serían objetivos militares legítimos, si se dan las demás condiciones para ello¹¹³. Esto ha ocurrido así dentro de un contexto específico, como lo muestra el concepto de Dejusticia y de la Universidad de Essex. La inclusión de la Policía Nacional en el Ministerio de Guerra, posteriormente Ministerio de Defensa, no buscaba que la policía fuera incorporada a

del Interior, una autoridad civil. // 88. La Cámara opina que la situación de los agentes de policía en un momento de conflicto armado debe determinarse caso por caso a la luz de un análisis de los hechos particulares. Una fuerza policial civil, por ejemplo, puede incorporarse a las fuerzas armadas, lo que hará que la policía sea clasificada como combatientes en lugar de civiles. Esta incorporación puede ocurrir de lege, por medio de una ley formal, o de facto" (Traducción no oficial de la SA).

¹¹² En las Reglas de la Función Policial del CICR, Pp. 71, se afirma que en circunstancias normales se considera que, en situaciones de conflicto armado, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley son ciudadanos civiles. "Por lo tanto, conforme al DIH, gozan de protección contra los ataques. Sin embargo, si están formalmente integrados en las fuerzas armadas o de otro modo participan de facto en forma directa en las hostilidades, pueden ser atacados lícitamente con arreglo al DIH. Cuando los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley participan directamente en las hostilidades, deben respetar el DIH. Esto es importante, por ejemplo, con respecto al uso de ciertos equipos. El empleo de algunos equipos, como las balas expansivas o el gas lacrimógeno, está autorizado en operaciones de mantenimiento del orden, pero no se permite en la conducción de hostilidades durante los conflictos armados". Por tal razón se recomienda a los Estados no difuminar las líneas entre uno y otro actor, para no afectar la protección a quienes se encargan de proteger la seguridad ciudadana.

¹¹³ Art.1 párr. 1º del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. El DIH distingue entre las Fuerzas Armadas del Estado y los demás integrantes de este. Los primeros son objetivos militares legítimos en un CANI, pero los segundos están protegidos pese a ser parte del Estado, a menos que tomen parte directa en las hostilidades. Lo propio ocurre con las fuerzas irregulares, que tienen sus fuerzas armadas, que se definen por la función continua de combate, y aquellas personas que carecen de esta función pero que pertenecen a la parte no estatal. La participación indirecta en las hostilidades no hace cesar la condición de persona protegida. La persona está contribuyendo al esfuerzo general de guerra, pero no tiene una función continua de combate.



las fuerzas armadas en los términos del DIH, sino dar a la Policía Nacional un régimen y un estatus que evitara su participación en política. En las posteriores reformas, especialmente desde la década del ochenta del siglo pasado, se ratificó el carácter civil de la policía, pese a que se persistía en su incorporación al Ministerio de Defensa. Además, la formación policial, como se destaca en el concepto mencionado, muestra el carácter primariamente civil de la Policía Nacional.

75. No existe consenso en la jurisprudencia y el derecho internacional en cuanto a que la Policía como cuerpo civil pierda su condición simplemente por el hecho de su ubicación administrativa. Los miembros de la Policía Nacional han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional colombiana como población civil y, por tanto, personas protegidas frente a ataques por las partes del conflicto¹¹⁴. La SA debe dar respuesta a la pregunta de si la Policía Nacional, como un todo, es parte del conflicto, o si la condición de objetivo militar legítimo depende de la participación directa y temporal en las hostilidades de sus miembros, individualmente considerados, o de la incorporación de hecho o de facto de unidades del cuerpo de policía.

76. La Policía Nacional, junto con las Fuerzas Militares, forma parte de la Fuerza Pública. El artículo 218 de la Constitución Política define a la Policía Nacional como *“un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”*. Esta configuración faculta a la Policía Nacional para enfrentar conforme al ordenamiento, mediante el uso de armas, incluso letales, los fenómenos delictivos, ya que de eso depende precisamente el ejercicio de los derechos y las libertades, así como la convivencia pacífica. Sin embargo, dada la naturaleza del conflicto en Colombia, la Policía Nacional no sólo se ha encargado de la seguridad ciudadana, sino que en ocasiones se ha ocupado de tareas mancomunadas con las Fuerzas Militares que o bien podrían constituir participación directa o indirecta de sus miembros en el conflicto armado, o un cambio de status permanente de todo el cuerpo, o de algunas fracciones del mismo¹¹⁵.

77. En la sentencia C-024 de 2004, la Corte Constitucional señaló las diferencias entre las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. En esta decisión, la Corte sostuvo que la Policía Nacional se caracteriza por la ausencia de disciplina castrense, por su naturaleza civil, con funciones preventivas y no represivas, y su misión fundamental es el *“mantenimiento de de las condiciones necesarias para el goce de los derechos y libertades de los*

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias T-1206 de 2001 y T-280A de 2016.

¹¹⁵ El papel de la Policía Nacional, en el control de la rebelión, resulta de su obligación de controlar el delito en todo el territorio de la República. Intervenciones destinadas a cumplir con esta función constitucional no deben ser entendidas como participación directa o indirecta en las hostilidades, a menos que ello suponga participar en operaciones militares.



ciudadanos y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Es pues un mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos”¹¹⁶. La Constitución Política califica a este cuerpo como uno civil armado y su ubicación en el Ministerio de Defensa no impide sostener que su entrenamiento y doctrina son diversos, dado que las tareas de seguridad ciudadana son prevalentes y la intervención en el conflicto, de ciertas unidades, es excepcional¹¹⁷.

78. El desarrollo del conflicto en Colombia ha llevado a que se haya utilizado a unidades de policía en operaciones militares conjuntas con las Fuerzas Militares. En consecuencia, se puede sostener que la Policía Nacional presenta tres tipos de integrantes: i) aquellos dedicados de manera exclusiva a labores de mantenimiento del orden público y de cumplimiento de la ley; ii) aquellas unidades destinadas a operaciones militares y en trabajo conjunto con las fuerzas militares, y iii) los miembros de la Policía Nacional que, de manera individual, espontáneamente o en cumplimiento de ordenes superiores, participan de manera directa en las hostilidades, de forma temporal y en hechos concretos. Sólo los primeros gozan de la condición de personas protegidas frente al DIH, como se verá a continuación. Conforme a ello, se entiende que, en principio, los integrantes de la Policía Nacional son personas civiles y gozan de la protección del DIH. Sin embargo, si se demuestra que la persona formaba parte de una unidad incorporada de *iure* o de *facto* a las fuerzas militares, se debe concluir que la persona toma parte directa en las hostilidades durante el tiempo de permanencia en la unidad correspondiente, salvo que exista prueba que verifique que al momento de ocurrencia de los hechos carecía de la capacidad de causar daño al enemigo, porque estaba desarmado, no estaba en tareas específicas de combate o no representaba una ventaja militar. Resumiendo: se parte de la concepción general de persona protegida, pero, si se demuestra que formaba parte de una unidad incorporada a las fuerzas militares, se entiende que la persona está en una función continua de combate y, por ello, que pierde la protección acordada por el DIH a las personas civiles.

79. La Corte Constitucional analizó esta realidad derivada de la naturaleza del conflicto colombiano en la sentencia C-453 de 1994, en la que discutió la ubicación de la Policía Nacional en el Ministerio de Defensa. En esta decisión se reconoció la existencia de una zona de ambigüedad, en la que el cuerpo de Policía Nacional ejerce funciones

¹¹⁶ En su concepto, Dejusticia y la *Essex Transitional Justice Network* y el *Armed Conflict and Crisis Hub*, ambos de la Universidad de Essex, muestran la tensión existente por el carácter ambiguo de la Policía Nacional en el conflicto armado colombiano. En algunas sentencias de tutela (T-102 de 1992, T-139 de 1993, T-255 de 1993 y T-1206 de 2001), la Corte admite que hay zonas del país en las cuales la presencia de estaciones de policía puede involucrar a sus miembros en las hostilidades. En la sentencia C-084 de 2016, la Corte reconoce que la posibilidad de que la Policía Nacional asuma funciones militares, en cuyo caso pierde de manera permanente la condición de persona protegida. Pero esto no lo entiende para la policía como un todo, sino solo para aquellas unidades que operan en zonas de conflicto y que se incorporan *de facto* a las Fuerzas Militares.

¹¹⁷ El Plan Estratégico de la Policía Nacional, Resolución 02900 del 17 de agosto de 2012, ratifica la condición civil de la Policía Nacional.



que también son propias de las Fuerzas Militares¹¹⁸, pero concluyó que, pese a las variaciones ocurridas a lo largo de los años, la Policía ha conservado su naturaleza de cuerpo civil armado¹¹⁹. La Corte sostuvo:

2.2. El punto problemático de esta división del trabajo está representado por la coerción interna, en la cual confluyen los dos elementos de la fuerza pública. En el caso de las fuerzas militares, es importante anotar que en Colombia todas las Armas (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) poseen unidades especializadas en la lucha antisubversiva. De otra parte, 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.

2.3. Estas circunstancias han determinado la existencia de una especie de "zona gris" o "fronteriza" en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa. Una parte de la doctrina sostiene que la ambigüedad propia de esta zona límite, es el resultado de la realidad social impuesta por los grupos armados que operan contra el Estado. El fenómeno de la militarización de la policía - esto es, la adopción de armas y actitudes propias de la táctica bélica -, según este punto de vista, corresponde a la adaptación que dicho cuerpo debe sufrir para cumplir sus objetivos en condiciones de perturbación del orden público. Es la gravedad de los delitos y de las amenazas lo que determina el papel defensivo y no meramente preventivo de la policía.

80. La política de seguridad de Colombia ha contribuido a que algunos miembros de la Policía Nacional pierdan, en general o episódicamente, la protección del DIH, propia de las personas civiles. Como consecuencia de las reformas a las Fuerzas Armadas ocurridas en la década del ochenta y noventa, cada vez eran más comunes las operaciones conjuntas entre unidades de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares. Así, por ejemplo, en la segunda parte del Plan Consolidación (2004) se incluyen cinco fases que involucran la presencia de soldados y policías en las zonas antes ocupadas por las guerrillas para garantizar el orden público. La primera fase, de mantenimiento, era

¹¹⁸ Para la Corte Constitucional, el carácter ambiguo de la Policía Nacional la ubica en una situación de "población combatiente": "Teniendo en cuenta los principios anteriormente señalados, es necesario reiterar que, tanto en desde una perspectiva fáctica, como normativamente, el cuerpo de policía está ubicado -en las actuales circunstancias del país- en una "zona gris" entre lo civil y lo militar; que es un cuerpo armado del Estado que presta funciones de contrainsurgencia, y ello lo ubica dentro de la categoría de población combatiente. Partiendo así de la premisa según la cual la policía hace parte de la población combatiente, y que a pesar del riesgo que implica para la población civil el continuo ataque a este cuerpo armado, el Estado no puede dejar de cumplir su obligación de seguir prestando esta función, resulta indispensable concluir que el Estado está obligado a minimizar dicho riesgo. De tal forma, la población civil debe estar expuesta al mínimo riesgo posible no sólo frente a las operaciones "militares" en sentido estricto, sino de toda la actividad prestada por las fuerzas armadas del Estado. Al respecto, el artículo 13 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, incorporado mediante Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, establece las disposiciones mínimas de protección a la población civil, y como mecanismo para efectuar esta protección, consagra el principio de distinción entre población combatiente y no combatiente". Sentencia T-1206 de 2011.

¹¹⁹ Sentencia C-453 de 1994: "11. De la evolución histórica aquí reseñada se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) la organización de la policía ha estado supeditada a la ley; 2) la idea del carácter civil de la policía ha estado presente en las diferentes leyes que se han referido a la organización de la policía desde su creación en 1891; 3) el cuerpo de Policía Nacional fue inicialmente incorporado al Ministerio de Gobierno y luego al Ministerio de Defensa (o de guerra); 4) las razones del legislador para introducir este cambio han surgido de las necesidades funcionales y administrativas derivadas de condiciones sociales de perturbación del orden público; 5) **no obstante estas variaciones, el concepto de cuerpo civil armado ha sido constante a través de la historia**". Negritas y subrayas fuera del texto.



preparatoria de la fase de consolidación, en la que se contaría con la presencia de todas las instituciones del Estado. En este caso, la llamada Doctrina de Acción Integral (DAI) subordinaba las actividades de las fuerzas civiles al apoyo de las operaciones militares. Estas transformaciones han ubicado al cuerpo de policía en una zona fronteriza, como lo señala la Corte Constitucional, que obliga a hacer un análisis contextual y caso a caso. Esto es, en los casos concretos se debe analizar si el miembro de la policía pertenece a una unidad que por su naturaleza o práctica estaba destinada a labores relacionadas con el conflicto. Por ejemplo, si se trata de unidades contraguerrilla, si son unidades que desarrollan operaciones antinarcóticos en zonas de influencia guerrillera, si el armamento que usan y la capacitación recibida es aquella que es más propia de las fuerzas militares que de las fuerzas de policía, etc. Igualmente, si lo anterior no se da, debe analizarse si en el caso concreto la persona individualmente considerada estaba tomando parte en las hostilidades, o si, por el contrario, estaba desarrollando las labores que la constitución y la ley asignan a la Policía Nacional como cuerpo encargado de proteger la seguridad ciudadana.

81. En muchas zonas del conflicto colombiano, los combates entre las FARC-EP y la fuerza pública tenían tal intensidad, que no es posible afirmar que la policía no haya terminado incorporada a las Fuerzas Militares. En todo caso, no debe confundirse el nivel de intensidad del conflicto con el hecho de que la organización guerrillera seleccione a miembros de la población civil como objetivos militares. No es potestad de los actores del conflicto privar a un sujeto de la protección que le da el DIH simplemente mediante el recurso de tratarlo como si fuera un objetivo militar legítimo. Pero sí es importante analizar si en los casos objeto de estudio de las Salas de Justicia se dan ataques, combates, hostigamientos a los miembros de la policía nacional y la respuesta de éstos va más allá de la respuesta propia de un cuerpo de policía. Si la respuesta adquiere connotaciones de reacción militar, por los medios usados, el tipo de tropas, la realización de operaciones conjuntas con las fuerzas militares, entre otras, se entiende que no está respondiendo a un fenómeno de delincuencia, sino que está tomando parte directa en las hostilidades -de manera individual o como unidad- y, por tanto, que pierde la protección como persona civil.

82. Todo lo anterior es relevante para determinar si el homicidio de un miembro de la Policía Nacional se produce en una situación de combate, en la que dicha fuerza podía ejercer funciones de carácter militar o para apoyar el esfuerzo de guerra contra la fuerza rebelde, por lo que será un acto amniable; en tanto que si ocurre en otras circunstancias, en las que ni la institución policial desempeñaba labores del conflicto, ni sus integrantes estaban participando directamente de las hostilidades como parte de una fuerza civil, ni se encontraban en condiciones de apoyar el esfuerzo de guerra, podrá constituir un homicidio en persona protegida, esto es, un crimen de guerra.



El caso concreto

83. En el caso concreto, el señor Guzmán Díaz fue condenado por el homicidio de un miembro de la Policía Nacional que se desplazaba en un bus interurbano. Detenido el vehículo, fue bajado del mismo y posteriormente asesinado. Corresponde a la SA determinar si la unidad policial a la cual pertenecía el señor Bohórquez Páez había sido incorporada *de iure* o *de facto* a las Fuerzas Militares, o si se trataba de una unidad dedicada a velar de manera ordinaria por el cumplimiento de la ley, y por ende aquél habría detentado la posición de persona civil protegida por el DIH. Antes de proceder a ese análisis, corresponde establecer si se cumplen los factores temporal, personal y material de competencia.

84. En el proceso está suficientemente acreditado que el compareciente fue condenado como miembro de las FARC-EP¹²⁰, dado que era parte del Frente 42 de esa guerrilla y que los hechos ocurrieron antes del 1º de diciembre de 2016. Por tanto, los factores personal y temporal de competencia aparecen debidamente verificados dentro del trámite de amnistía.

85. En cuanto al factor material, la SA lo encuentra también demostrado, con base en los siguientes argumentos: Se trata de un delito cometido por miembros de las FARC-EP, tal y como quedó acreditado en las decisiones de la justicia ordinaria; la sentencia de primera instancia muestra que fue cometido en contra de un miembro de la policía nacional por parte de integrantes del Frente 42 y por orden de su comandante alias *Emilio*, al parecer en venganza por la muerte de un guerrillero; el informe de contextualización de la UIA muestra que ese frente operaba en la zona y que dentro de sus acciones estaban los hostigamientos a estaciones de policía; el informe del CNMH también pone de presente que el *Plan Pistola* incluía el asesinato de miembros de la policía nacional¹²¹. Los autores, la víctima, y los medios empleados permiten concluir sin duda alguna que el homicidio fue cometido en ejecución del plan de la organización y, por tanto, que el CANI fue relevante para su comisión.

86. Verificado que el compareciente reúne los requisitos para la competencia personal y temporal y que el acto está relacionado con el CANI, procede la SA a analizar si no se trata de uno de los delitos contenidos en el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 y, por ello, conforme a lo señalado en el artículo 83 de la LEJEP, sin conexidad con el delito político, o si se trata de un delito conexo con el delito político y, por tanto, merecedor

¹²⁰ Conforme a lo dispuesto en el numeral 1º de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016 que señala que el mencionado factor se acredita cuando “la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP. En la sentencia de primera instancia de la justicia ordinaria se le condena como coautor de los delitos de rebelión y de homicidio agravado. En esta decisión se afirma: “Está claro entonces, que RUIZ y GUZMÁN hacían parte de la guerrilla, que compartieron el dominio del hecho, ejerciendo sobre BOHÓRQUEZ control material, ya que con su intervención pudieron llevar a término sus intenciones delictivas...” (Pp. 22 de la decisión).

¹²¹ Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tomas y Ataques Guerrilleros (1965-2013)*. Bogotá: CMH-IEPRI, 2016.



del beneficio definitivo de amnistía. Para ello, le corresponde a la SA determinar cuál era la condición de la víctima y si tenía la calidad de persona protegida por el DIH. Para tal propósito se debe demostrar cuáles eran las labores que desarrollaba aquél y la unidad a la cual pertenecía y, en caso de duda, dar aplicación a los principios *pro víctima* y *pro civilis* en beneficio de la condición de persona protegida.

87. Como se deriva de la evidencia obrante en el proceso, el señor Bohórquez Páez era un agente de la Policía Nacional que estaba asignado a la Estación de Policía de Arbeláez (Cundinamarca). La Sala de Justicia y la Sección de Apelación oficiaron a la Policía Nacional para establecer con claridad si la víctima perteneció a una unidad policial que hubiese sido destinada a tareas de lucha antiguerrillera, de manera que ello hubiere implicado una incorporación *de facto* en las Fuerzas Militares. En la primera instancia no se recibió una respuesta categórica, y en el trámite de segunda instancia se recibió una respuesta indicando que no se tenía la documentación que pudiese demostrar el tipo de funciones específicas a las cuales estaba asignada la víctima, salvo una mención al hecho de que era Comandante de Guardia de la Estación¹²². De acuerdo con el la Resolución 9857 de 1992 del Ministerio de Defensa, el Comandante de Guardia es el superior inmediato de la guardia y debe garantizar la seguridad y vigilancia de una unidad o instalación policial y dentro de sus funciones está la organización y supervisión de los servicios de guardia de la unidad; las que correspondan para la defensa de la unidad o las dispuestas para casos de emergencia; ordenar, izar y arriar los pabellones a las horas reglamentarias y practicar con el personal los honores correspondientes; distribuir al personal en los turnos correspondientes, de acuerdo con la aprobación del Oficial de Servicio; revisar el estado del armamento y munición de los centinelas, al término del relevo de cada turno, etc. Ninguna de estas tareas está relacionada con operaciones militares o con una función continua de combate.

88. En el expediente penal se menciona que el homicidio fue cometido en venganza por la aparente participación de la víctima en un encuentro en el que murió un guerrillero. No se describe la naturaleza de ese encuentro. Esto es, no hay evidencia que muestre que se trataba de un combate con la guerrilla o de una operación meramente policial. Tampoco se conoce cuándo sucedió ese acto, por lo que no se podría afirmar que el señor Bohórquez estaba apoyando el esfuerzo de guerra del Estado colombiano y por esa razón hubiese sido seleccionado como objetivo militar legítimo de la guerrilla. Frente a la existencia de esa duda, corresponde preservar la protección como persona civil.

¹²² En el informe se indica que “*que una vez verificado el archivo que se encuentra reposada en el distrito de policía (minutas de guardia, minuta de servicio, libro de población se puede evidenciar que en el libro de la minuta de guardia del año 2002 en los folios 6,7,8,9,11,12,15,16 y año 2003 los folios 392,393 las funciones que desarrollaba el señor Agente NESTOR JAIRO BOHORQUEZ PAEZ como comandante de guardia de la estación de Policía Arbeláez, a su vez nos informa que no se encuentra ninguna información acerca de dicho funcionario*”.



89. El informe del GRANCE muestra que la guerrilla había declarado a los miembros de la Policía Nacional como objetivos militares. El Centro Nacional de Memoria Histórica ha señalado, en un informe sobre tomas guerrilleras, que en el periodo de 1995 a 2003 el departamento de Cundinamarca fue objeto de asedio por parte de varios frentes de las FARC-EP, entre ellos el frente 42¹²³. Este Frente tenía presencia en la región del Tequendama y desarrolló incursiones en varios municipios. En las tomas ejecutaba lo que denominaban el *Plan Pistola*, por lo que era común que asesinaran miembros de la institución policial en el casco urbano durante la toma o en desarrollo de sus actividades de protección de la seguridad ciudadana. No existe evidencia de que la respuesta a estas tomas fuera militar, ni que la Policía Nacional, *in toto*, hubiese sido incorporada a las Fuerzas Militares.

90. Frente a la imposibilidad de demostrar que la víctima hubiese tomado parte directa en las hostilidades o que su unidad hubiese sido incorporada de facto a las Fuerzas Militares, corresponde a la SA aplicar una interpretación que tenga en cuenta los derechos de las víctimas. En el presente caso, estos derechos están mejor protegidos si se parte de la concepción general de que el uniformado estaba protegido por el DIH como persona civil. En beneficio de esta interpretación está el hecho de tratarse de una estación de policía y no de una unidad especializada y no existir prueba alguna de que la víctima hubiese participado en combate alguno o de que de alguna manera hubiese tomado parte en las hostilidades, ya que el homicidio ocurrió cuando se desplazaba hacia su casa y sin uniforme. La SA y la Sala de Justicia intentaron obtener los elementos de prueba que permitieran establecer con toda claridad si el señor Bohórquez Páez estaba dentro de alguna de las excepciones a la condición de civil y, por ello, de persona protegida. Esto no fue posible, por lo que su condición de civil no fue desvirtuada. En síntesis, no hay evidencia dentro del proceso de que el señor Bohórquez Páez hubiese tomado parte directa en las hostilidades o de que la unidad de la cual formaba parte hubiese sido incorporada de *iure* o de *facto* a las fuerzas militares¹²⁴. Ante la ausencia de tal prueba, se debe dar aplicación a la concepción general en beneficio de la condición de personas civiles de los miembros de la Policía Nacional.

91. Contrariamente a lo que cree la delegada de la Procuraduría, las circunstancias en las que ocurrió el homicidio del señor Bohórquez Páez no hace que estuviera *hors de combat*¹²⁵ ni existe evidencia alguna de que la unidad a la que pertenecía, la estación de policía de Arbeláez, se dedicara a labores diversas a las de protección de la seguridad ciudadana. Debe tenerse en cuenta que una cosa es estar fuera de combate, siendo parte

¹²³ Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tomas y Ataques Guerrilleros (1965-2013)*. Bogotá: CMH-IEPRI, 2016.

¹²⁴ La evidencia obrante más bien parece demostrar que se trataba de un agente de policía dedicado a labores de vigilancia en la Estación de Policía de Arbeláez, en donde laboraba como Comandante de Guardia.

¹²⁵ El artículo 3º común a los convenios de 1949 prohíbe el homicidio de personas que se encuentren fuera de combate; el artículo 4º del PA-II prohíbe la orden de no dejar supervivientes; por su parte el ER, en su artículo 8, párrafo 2-b-vi dispone que “[c]lausar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción” constituye un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales”.



en el conflicto, y otra ser persona protegida por aplicación del principio de distinción. De acuerdo con el DIH, se está *hors de combat* cuando se está en poder de la parte adversa porque se es capturado en combate, cuando se está inconsciente, herido o en naufragio, o cuando se expresa claramente la intención de rendirse. En el caso concreto no se tiene evidencia alguna de que hubiera habido combates en la zona ni que la víctima hubiera caído en poder del enemigo después de los mismos. Lo que es claro es que se trataba de una persona que viajaba aparentemente desarmada y sin uniforme a visitar a su familia y que era un miembro de la Policía Nacional, que se entiende protegido por su condición de persona civil, conforme a lo dispuesto por el artículo 13 del PA II. Por tanto, para la SA, el señor Bohórquez Páez gozaba de la protección garantizada por el DIH a la población civil y, por ello, su homicidio debe ser considerado como un homicidio en persona protegida.

92. Esto significa que se precisa hacer la variación de la calificación jurídica hecha en la justicia ordinaria. En efecto, el señor Guzmán Díaz fue condenado como autor de un delito de homicidio agravado en la persona de Néstor Jairo Bohórquez Páez. Sin embargo, las evidencias obrantes dentro del proceso muestran que el acto se cometió con ocasión y en desarrollo del conflicto armado de carácter no internacional, que la víctima era una persona protegida por el derecho internacional humanitario, por su condición de persona civil, dado que no se demostró que estuviere tomando parte directa en las hostilidades o que fuera integrante de una unidad que hubiese sido incorporada *de iure* o *de facto* a las fuerzas militares. Por tal razón, se variará la calificación a la de Homicidio en persona protegida, en los términos del artículo 135 del Código Penal colombiano. Así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

93. Si se sostuviera, en gracia de discusión, que había tomado parte en las hostilidades, debe recordarse que la protección se pierde solamente mientras dura esa participación. El hecho de que la víctima se desplazara en un vehículo de servicio público hacia su hogar es una muestra clara de que no estaba tomando parte directa en las hostilidades. No se tiene conocimiento de si llevaba su arma de dotación, pero de las pruebas obrantes en el proceso no se sigue que estuviera en actividad alguna destinada a causar un daño al enemigo. Tampoco existe evidencia de que estuviera en una función continua de combate. Si se llegara a asumir que el señor Bohórquez era parte de una unidad contraguerrilla, en todo caso debe tenerse en cuenta y dar aplicación a los principios de necesidad, de humanidad y de proporcionalidad, ya que se trataba de una persona que no representaba ninguna amenaza directa para su enemigo y debió haberse neutralizado por medios no letales, teniendo en cuenta que la finalidad de la guerra es la eliminación de la capacidad bélica del enemigo y que la orden de no dar cuartel es un acto prohibido por el DIH. Por tanto, también en este caso se estaría en presencia de un crimen de guerra y, por tanto, de un acto no amniable.



94. Tampoco aparece, de la evidencia obrante, que la intensidad del conflicto armado en la región hubiese generado una respuesta militar por parte de la unidad de la Policía Nacional a la que pertenecía la víctima. Se sabe, por el informe del GRANCE, que las FARC-EP solían asesinar policías en la zona, pero, como se sostuvo anteriormente, la condición de objetivo militar legítimo no se deriva de la decisión de un actor del conflicto de calificar a un grupo de personas como tal. Tal condición surge de la participación directa en las hostilidades o de la realización de una función continua de combate.

95. De cualquier manera, en futuros trámites, las Salas de Justicia deben realizar, cuando haya motivos para sospechar que ha habido mayor intensidad en el conflicto o que se dio un cambio operacional en la Policía que le haga perder su condición civil, el acopio de evidencia indispensable para demostrar, en la medida de lo posible, si se trata de una persona que toma parte directa en las hostilidades, si la unidad a la que pertenecía había sido incorporada de hecho o de facto a las fuerzas militares o, finalmente, si la intensidad del conflicto mostraba que la respuesta operacional de la Policía Nacional era la propia de quien está tomando parte directa en el conflicto y no la de un cuerpo civil armado que está en tareas de protección de la seguridad ciudadana. Esta labor probatoria puede darse por medio de la recolección ordinaria de pruebas o por medio de un incidente especial en el cual se reciben y valoran todos los elementos que permitan establecer con claridad la naturaleza de la policía en el conflicto armado para el caso específico de estudio. Para ello podrá también acudir a los estudios de macro contexto que viene realizando el GRAI, pero siempre teniendo en cuenta la situación específica en la que se ha desenvuelto la conducta, a fin de demostrar los elementos necesarios para entender que la unidad de policía ha sido incorporada a las fuerzas militares en un CANI o la participación individual y directa del sujeto en las hostilidades.

96. En síntesis, el homicidio en persona protegida es un acto que por su gravedad supera un umbral que lleva a considerarlo como un crimen de guerra¹²⁶. En consecuencia, y en aplicación del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, se trata de un delito no amniable por no tener conexidad alguna con el delito político¹²⁷. De manera que la Sección confirmará la providencia de primera instancia en este sentido y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

Alternativas procesales del compareciente condenado por la justicia ordinaria que afirma su inocencia ante la JEP

¹²⁶ Numeral 1 (1) (a del artículo 3º Común a los Convenios de Ginebra de 1949 y numeral 2.a del artículo 4º del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

¹²⁷ Cfr. Párrafos 33 y 85 *supra*.



97. Las personas que comparecen ante la JEP deben reconocer la responsabilidad, si la tuvieron, de manera temprana y, si se dan las condiciones para ello, recibir una sanción propia¹²⁸ o pueden hacerlo en un momento posterior y recibir una sanción alternativa¹²⁹. Pero también pueden considerar que han sido injustamente acusados, en cuyo caso no reconocen responsabilidad. En tal supuesto, una de las posibilidades es que se los someta a un proceso adversarial, con la UIA como ente investigador y acusador, si se dan las condiciones para ello¹³⁰. Como lo ha sostenido la SENIT 1 de 2019, no hay obligación para los comparecientes de reconocer su responsabilidad, a menos que efectivamente sean responsables, y en todo momento conservan su derecho a no ser obligados a auto incriminarse, en la medida en que esto realmente se corresponda y satisfaga el deber de aportar verdad¹³¹. En los casos de las personas condenadas algunas vías posibles son las siguientes: la sustitución de pena, pero para ello debe partirse de un reconocimiento de responsabilidad, y de que el caso efectivamente cuente con las condiciones jurídicas para ello; o pueden solicitarse la revisión de la sentencia si se dan las causales respectivas¹³². Por ello, si el compareciente afirma su ausencia de responsabilidad en los hechos por los que fue condenado, su deber es aportar verdad al respecto y *“demostrar que cuenta con elementos de juicio lo suficientemente convincentes para derribar los efectos de la cosa juzgada que ampara la sentencia condenatoria que le impuso la JPO. Si no lo cumple (...), entonces habrá desgastado innecesariamente el componente de justicia, pues ello equivaldría a no decir verdad, y la consecuencia no podría ser otra que la expulsión de la JEP”*¹³³.

98. Como lo sostiene el Ministerio Público en su concepto, el trámite de amnistía no es el espacio procesal para discutir la responsabilidad individual, sino para determinar si la persona reúne los requisitos necesarios para que se le otorgue la amnistía. La amnistía no es un derecho de la persona sino una prerrogativa del Estado y, dentro del marco del derecho transicional, un beneficio. La jurisprudencia de la SA es reiterativa en este punto y recientemente, en el Auto TP-SA 550 de 2020, ratificó el carácter de beneficio de los mecanismos de la JEP. En el Auto TP-SA 274 de 2019, la SA otorgó el beneficio provisional, pese al reclamo de inocencia del solicitante. En este auto se sostuvo lo siguiente: *“29. Actualmente el compareciente goza de LC y su sanción penal se encuentra suspendida mientras se resuelve su situación jurídica en la JEP. No es jurídicamente admisible que su condena a más de 31 años de prisión permanezca suspendida sin que en la*

¹²⁸ Artículo 126 de la Ley 1957 de 2019.

¹²⁹ Artículo 128 de la Ley 1957 de 2019.

¹³⁰ Artículos 86 y 93 de la Ley 1957 de 2019. Sobre este punto se ha pronunciado la SA en el auto TP-SA 550 de 2020.

¹³¹ SENIT 1 del 3 de abril de 2019. Párrafos 245 – 256.

¹³² En el auto TP-SA 274 del 4 de septiembre de 2019, la SA reconoció que *“[u]n condenado por pertenecer a las FARC-EP puede, en la justicia transicional, pretender ser inocente y no haber pertenecido a la organización guerrillera, por lo que de probarse la verdad plena debería corregirse el error y la arbitrariedad en su contra. El diseño de la JEP así lo permite. Esta situación enfrenta al compareciente a un dilema, en apariencia insalvable: debe sujetarse al régimen de condicionalidad que le exige aportar a la verdad, reparar a las víctimas y cumplir con todos los deberes correlativos a los beneficios transicionales concedidos. Además, objetivo primigenio de la jurisdicción”*.

¹³³ Auto TP-SA 274 del 4 de septiembre de 2019.



justicia transicional haga efectivo el régimen de condicionalidad de los beneficios transicionales. Los derechos de las víctimas no pueden quedar en el limbo, y la indeterminación de la sanción propia, alternativa u ordinaria no puede prolongarse irrazonablemente en el tiempo. Por tal razón, se confirmará la resolución impugnada, y se precisará al señor RAMOS CRUZ que, si su comparecencia a la JEP está determinada por la calidad que le fue conferida por la sentencia condenatoria, calidad que considera un error judicial, debe presentar la acción de revisión de su sentencia en la mayor brevedad ante la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, por medio de apoderado”.

99. En el presente caso, el compareciente afirma que es inocente y que tiene las pruebas para demostrarlo. En la entrevista rendida ante la UIA aportó dos CDs, uno de los cuales no pudo ser analizado por estar dañado y en el otro se encontraba el video con la declaración del señor Mauricio Urrego. La SA está de acuerdo con el *a quo* en cuanto a que la Sección de Revisión es la competente para revisar las decisiones de la justicia ordinaria que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, para los casos de competencia de la JEP¹³⁴. Igualmente, que el trámite de amnistía no es el escenario para discutir la inocencia o culpabilidad de una persona, sino para determinar si reúne los requisitos para obtener el beneficio definitivo. Por tanto, los medios de prueba aducidos para probar la inocencia de una persona o para cuestionar la corrección de una decisión en firme de la JO no deben ser objeto de análisis en este trámite, sino el establecido legalmente para ello, esto es, el de la acción de revisión. El compareciente tiene, y ha tenido, la posibilidad de presentar una acción de revisión y no lo hizo y, más bien, continuó con el trámite de amnistía. De hecho, su abogada en el escrito de cierre del trámite insistió en la solicitud de amnistía para su cliente y en el recurso de apelación solicitó que se le concediera la amnistía, por cuanto la conducta a su juicio no podía ser calificada como un crimen de guerra. Por tanto, la SA no puede renunciar al ejercicio de sus funciones a la espera de que el señor Guzmán presente una acción de revisión, ya que ello podría afectar los derechos de las víctimas. No basta con afirmar la inocencia, sino que se debe hacer uso de los mecanismos procesales establecidos en el derecho transicional para desvirtuar la cosa juzgada de la justicia ordinaria.

100. El Ministerio Público pregunta si cabe la remisión oficiosa a la Sección de Revisión (SR) para que proceda a la revisión de la sentencia condenatoria en contra del señor GUZMÁN DÍAZ. El artículo transitorio 10 del AL-1 del 2017, y los artículos 97-c de la Ley 1957 de 2019 y el 52 A de la Ley 1922 de 2018 regulan el trámite de revisión de las sentencias condenatorias. En el artículo transitorio 10 de la reforma constitucional mencionada se establece claramente el carácter rogado de la acción, pues solo se puede ejercer *a petición del condenado*¹³⁵, lo cual se explica por tratarse de una acción especial

¹³⁴ Artículo 10º del AL 1 de 2017.

¹³⁵ “**Artículo transitorio 10º. Revisión de sentencias y providencias.** A petición del condenado la JEP podrá revisar las decisiones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República y las sentencias proferidas por otra jurisdicción por: variación de la calificación jurídica conforme al artículo transitorio 5º y al inciso primero



que exige del solicitante expresar la causal que sustenta su petición de revisión y, además, aportar los elementos probatorios para ello. De lo contrario no hay razón para cuestionar la decisión que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada. Por tanto, corresponde al compareciente intentar, por su cuenta y si así lo considera, la acción de revisión ante la Sección de Revisión, dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 52 A de la Ley 1922 de 2018.

Remisión del caso a la SDSJ para la gestión del régimen de condicionalidad positivo

101. De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1820 de 2016, en concordancia con los artículos 84-a de la LEJEP y 28-1 de la Ley 1820 de 2016, en caso de no otorgarse la amnistía o el indulto, se remitirá el caso a la SRVR o a la SDSJ “*para que con base en la determinación ya adoptada tome la decisión correspondiente de acuerdo con sus competencias*”. Por su parte, el artículo 81 de la LEJEP dispone que en el evento en que no se otorgue la amnistía, el caso deberá ser enviado a la SRVR. Esta última norma tiene sentido por regla general si la conducta que no ha sido amnistiada forma parte de un macrocaso ya priorizado. En esta lógica, el caso no amnistiado sería analizado por la SRVR y si considera que no es seleccionable lo remite a la SDSJ, para lo de su competencia. Esta interpretación haría coherentes los textos del artículo 25 de la Ley 1820 de 2016 y el del artículo 81 de la LEJEP. Pero, ¿qué pasa si la SRVR aún no tiene un macrocaso abierto? No sería admisible permitir que el trámite permanezca inactivo hasta que la SRVR decida al respecto. Aceptarlo iría en contra del derecho a una justicia pronta y cumplida y del carácter temporal de la JEP. Por ello la SENIT 1 de 2019 previó los mecanismos de gestión del régimen de condicionalidad, y de la moción a la SRVR o que la SDSJ avanzara en la investigación del caso, de manera que al momento en el que la SRVR asumiera su competencia o comunicara la no priorización del caso concreto, no se hubiera perdido tiempo valioso en la sustanciación del proceso¹³⁶. Sobre la gestión del régimen de condicionalidad proactivo se pronunció la SA en la SENIT 1, de la siguiente manera:

149.La SDSJ tiene a su cargo diversas responsabilidades, entre las cuales se identifican dos que determinan su facultad para solicitar y evaluar, dentro de los parámetros fijados en esta sentencia, los programas de contribuciones a la justicia transicional que presenten, por requerimiento suyo, quienes comparezcan ante la JEP o pretendan hacerlo. La primera de esas responsabilidades es definir la situación jurídica de comparecientes involucrados en casos que no sean objeto de amnistías o indultos ni deban ser incluidos en las resoluciones de conclusiones que dicte la SRVR, puesto que han sido excluidos de la selección (L 1820/16 art 28-1; conc C.P., art trans 66). La segunda es gestionar el régimen de condicionalidad en

del artículo transitorio 22; por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena, todo lo anterior por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, o con la protesta social, siempre que se cumplan las condiciones del Sistema”.

¹³⁶ Senit 1 de 2019, párrafos 182 a 185.



su dimensión proactiva, para anticipar y alimentar el trabajo presente o futuro de las células de la JEP que están a cargo de atribuir responsabilidades sancionatorias. Para cumplir cualquiera de estos cometidos, el ordenamiento demanda de la SDSJ una tarea de inmenso valor, como es preparar planificadamente –y empezar a administrar– la justicia del mañana que se impartirá ante ella o ante otros foros de la Jurisdicción, por medio de la solicitud de proyectos de aportaciones conducentes a la realización de los fines de la justicia transicional, que posibiliten la participación de los responsables (declarados, probados o presuntos), las víctimas, las instituciones estatales a cargo de la defensa del interés colectivo y, según el caso, la comunidad.

102. Teniendo en cuenta que aún no existe un caso priorizado sobre violaciones al principio de distinción por parte de las FARC-EP, no cabe enviar el caso a la SRVR, pues esto podría ir en detrimento de la eficiencia de la justicia transicional y de los derechos del compareciente. Por tanto, el proceso deberá ser enviado ante la SDSJ para que continúe con el trámite correspondiente y para que sea ante ella que se siga con el trámite del régimen de condicionalidad. En todo caso, esta Sala de Justicia deberá comunicar a la SRVR del trámite de este caso para determinar si lo absorbe en uno de los macrocasos o si considera que no se trata de uno seleccionable y, por tanto, la SDSJ puede dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 84-a de la LEJEP.

Curso procesal a seguir en materia de revisión y supervisión de la LC

103. En cuanto a la libertad condicionada, debe tenerse en cuenta que el compareciente goza de este beneficio en la actualidad. De acuerdo con la SENIT 2 de 2019, la revisión y supervisión de la LC es competencia de la Sección de Revisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 157 de la LEJEP¹³⁷. En esa decisión se sostuvo:

156.- Así, en el caso de los beneficios concedidos por delitos que, en principio, aparezcan como amnistiables o indultables, no resultaría necesario imponerles condiciones adicionales a las del régimen de condicionalidad general al que ya están sometidos por virtud de la suscripción del acta de compromiso con el SIVJRNR. En este escenario, la tarea de la SR consistirá básicamente en recaudar la información que le suministren quienes ejerzan la tarea operativa de vigilancia y control en torno al cumplimiento de las condiciones de ejercicio del beneficio, con miras a comunicarlas al órgano que dentro de la JEP esté administrando el régimen de condicionalidad de este beneficio –en principio, quien lo haya

¹³⁷ 181.El artículo 157 de la LEJEP está dirigido a regular la situación jurídica temporal de todos los que ya hubieren recibido beneficios de la transición. Ello no quiere decir que la única atribución conferida por la norma sea la de supervisar las medidas de control y garantía propias de la JEP pues subsiste la de conceder el beneficio de libertad condicionada a todos los acusados o condenados por delitos indiscutiblemente no amnistiables o indultables que, pese a haber obtenido la autorización para el traslado a ZVTN, no accedieron al mismo y en el entretanto tampoco han alcanzado la libertad, o que aún se encuentran en observación posiblemente en situación de privación de la libertad. // 182.Así pues, de acuerdo con la interpretación definida anteriormente, fijada a partir de una lectura armónica de lo dispuesto en los artículos 81, 157 y 158 de la LEJEP, esta ley escindió las competencias generales para, por un lado, otorgar libertades condicionadas y, por el otro, revisar y supervisar todos los beneficios provisionales concedidos al universo de personas de que trata esta providencia¹³⁷, asignando la primera a la SAI y la segunda a la SR. Adicionalmente, la Ley atribuyó una competencia excepcional a la SR para conceder de las libertades condicionadas a que se hace referencia en el párrafo anterior.

concedido¹³⁸– o esté llamado a administrarlo –quien deba asumir competencia en el asunto¹³⁹– con miras a que sea él quien adopte las determinaciones que considere del caso.

157.- Cosa distinta ocurre en el caso de los beneficios concedidos por delitos graves, esto es, que aparezcan en principio como no amnistiables o no indultables, pues en dichos eventos, además de lo indicado en el párrafo anterior, corresponderá a la SR avocar la revisión específica de cada situación¹⁴⁰ y determinar si, en consideración a todas las circunstancias del caso relevantes para la JEP –por ejemplo, el lugar que dentro de la jerarquía de las FARC–EP ostentaba el titular del beneficio o, en general, el papel desempeñado, el grado de participación o responsabilidad que eventualmente pudiera atribuírsele en relación con la comisión de este tipo de delitos y el tiempo de privación efectiva de la libertad que ha cumplido la persona–, hay lugar a renovar o actualizar los compromisos adquiridos en el acta de manifestación de sometimiento¹⁴¹. Dicha renovación o actualización supone, por supuesto, la posibilidad de imponer condiciones adicionales y especiales a los beneficios ya otorgados como sería aquella consagrada expresamente en el inciso 2 del artículo 157 de la LEJEP relativa a la definición de la zona o municipio de domicilio en el cual va a seguir gozando de su libertad –ya no sólo de informar sobre el cambio de residencia o de no salir del país sin autorización de la JEP como lo exige el régimen de condicionalidad estándar– y las que se derivarían de allí como los requisitos para salir de dicha zona y las garantías de su cumplimiento –por ejemplo, informes o presentaciones regulares o, eventualmente, monitoreos o vigilancias periódicas o electrónicas–¹⁴². Y esto podría ocurrir, perfectamente, frente a casos en los cuales la SAI ya haya fijado condiciones especiales, pero requieran ajustes.

158.- Para la SA la imposición de dichas condiciones especiales es sobre todo apremiante en los casos de delitos graves en los que los titulares de los beneficios provisionales no han cumplido con el mínimo de la sanción alternativa prevista para los máximos responsables de estas conductas –5 años de privación de la libertad– pues, según se desprende de lo considerado por la Corte Constitucional en, entre otras, las sentencias C–007 de 2018¹⁴³ y C–080 de 2018¹⁴⁴, en el marco del

¹³⁸ Art. 67 de la Ley 1922 de 2018.

¹³⁹ Senit 1 de 2019, párr. 176 y 177, entre otros.

¹⁴⁰ Es de anotar que, para el ejercicio de estas atribuciones en particular no se requiere un concepto previo de la SAI sobre si el asunto es amnistiable o no lo es, y por ende la SR debe aplicarlas de manera autónoma.

¹⁴¹ La Corte Constitucional, en la sentencia C–025 de 2018, señaló que los modelos de acta de compromiso contenidos como anexos en el Decreto ley 277 de 2018 podían ser ajustados con arreglo a las particularidades del caso. En particular, al revisar la constitucionalidad del artículo 14 de dicho Decreto, alusivo a las actas de compromiso para los beneficiarios de la libertad condicionada, uno de los intervinientes señaló que las actas anexas al Decreto eran insuficientes, en particular, para los señalados como responsables de delitos graves. La Corte resolvió entonces que *“los anexos del Decreto 277 de 2017, (Actas) han de entenderse incorporados al mismo, entendidos como guías metodológicas sin que pueda entenderse que posean un sentido normativo per se y por lo mismo pueden ser ajustados de cara a las circunstancias de cada caso”* (énfasis añadido).

¹⁴² Sobre este punto es de advertir que aunque el artículo 157.2 de la LEJEP da por sentado que, en todos los casos de delitos no amnistiables, los beneficiarios de libertades provisionales debían encontrarse en los mismos lugares donde se concretaría el proceso de reincorporación a la vida civil o en los domicilios por ellos propuestos, esto no siempre ocurrió, de allí que, con la entrada en vigencia de la LEJEP, se habilite la competencia de la SR para revisar la situación de esas personas y, de ser el caso, imponer a sus beneficios provisionales condiciones especiales como las mencionadas y/o un sistema de monitoreo especial, según lo contempla el parágrafo del artículo 37 de la Ley 1820 de 2016.

¹⁴³ Análisis del artículo 57 de la Ley 1820 de 2016.

¹⁴⁴ Análisis de los artículos 81 y 160.7 del PLEJEP –81 y 157.7 de la LEJEP–.



SIVJRNR el cumplimiento de ese requisito constituye una garantía necesaria para que quienes han sido investigados o procesados por conductas de esta naturaleza puedan acceder o, en caso de haber accedido, mantener el beneficio provisional de libertad sin limitaciones distintas a las del régimen de condicionalidad general al que están sujetos todos los beneficios penales del sistema.

104. Como consecuencia de lo anterior, corresponde a la Sección de Revisión revisar y supervisar la LC otorgada al señor GUZMÁN DÍAZ. Para ello coordinará con la SDSJ, en tanto esa Sala de Justicia continúa con la sustanciación del caso hasta que la SRVR determine si se trata de uno seleccionable o no y se encarga de la vigilancia del régimen de condicionalidad positivo¹⁴⁵.

Sobre el testimonio del señor Luis Carlos Chaparro

105. Corresponde a la SA analizar si el hecho de no haberse escuchado en entrevista al señor Chaparro afecta la validez del trámite. Debe recordarse que, para esta Sección, en el auto TP-SA 553 del 22 de abril de 2020, “[l]a SAI, en principio, puede tomar decisiones de amnistía sin haber recibido todas las pruebas que ella misma decretó, siempre que la omisión probatoria esté debidamente justificada o sea justificable. Si la Sala ordena recaudar evidencia es porque considera necesario, útil, pertinente y conducente contar con esos elementos de conocimiento para luego tomar una decisión de fondo. Se espera, de esa forma, que la autoridad tenga dicho material al momento de fallar y que, si no lo recauda en esa oportunidad, insista en su obtención, mostrando congruencia con la importancia que inicialmente les atribuyó cuando dispuso su obtención. Sin embargo, es obvio que en algunos casos la SAI va a tener que prescindir de ciertas pruebas, ya sea porque estas devienen innecesarias para confirmar lo que logró demostrar con otras con el mérito suficiente para soportar un fallo definitivo, o porque sobrevengan razones que desestimen la pertinencia, utilidad o conducencia de las mismas, o porque después de agotar los medios correspondientes para su práctica, no fue objetivamente posible recogerlas (por ejemplo, cuando muere un testigo sin haber rendido un testimonio decretado). No obstante, la decisión sobre una omisión así en el recaudo probatorio siempre debe ser motivada o justificable razonablemente para no incurrir en arbitrariedades en el ejercicio de administrar justicia”.

106. En el presente caso se ordenó un estudio de contexto y dentro de éste, frente al hecho que la UIA no encontró elementos de prueba acerca de la pertenencia de los señores GUZMÁN DÍAZ y RUÍZ al organigrama de las FARC-EP, sugirió que se hiciera una entrevista al señor Luis Carlos Chaparro Uribe, quien había sido miembro del Frente 42. Esta entrevista no se realizó por cuanto el autor del informe consideró que no

¹⁴⁵ SENIT 2 de 2019: “La expresión medida de control y garantía propia de la JEP contenida en el “Acuerdo de desarrollo del numeral 23 del “Acuerdo de Creación de una Jurisdicción Especial para la Paz”” en donde encuentra su antecedente el artículo 157 de la LEJEP hace relación a todas las condiciones a las cuales se encuentra supeditado el acceso y mantenimiento de un beneficio dentro de la JEP. Así pues, las medidas de control y garantía propias de la JEP hacen parte del régimen de condicionalidad, pero no se confunden con él en la medida en que este es mucho más comprehensivo. En ese sentido es de recordar que, como lo desarrolló la Senit 1 de 2019, dicho régimen comporta una doble dimensión: por un lado, la constatación de los posibles incumplimientos con miras a adoptar las determinaciones a que haya lugar en relación con la pérdida de beneficios – faceta negativa– y, por el otro, la anticipación del trabajo presente o futuro de los diversos órganos de la JEP con el objeto de definir las situaciones jurídicas definitivas de los comparecientes por vías sancionatorias o no sancionatorias –faceta proactiva”



era necesario adelantar dicha diligencia, dado que el *compareciente* negó ser miembro de las FARC-EP. No es claro en el informe si por *compareciente* se refiere al señor Guzmán o al propio señor Chaparro. De cualquier manera, la entrevista perdía sentido por lo siguiente: i) si el informe se refiere al señor Guzmán como aquél que negó ser miembro de las FARC-EP, la entrevista a un antiguo miembro de esa organización no tiene vocación de aportar elemento alguno, diferente al de señalar que el compareciente es inocente. Pero ya se ha sostenido que las alegaciones de inocencia deben hacerse en el marco de la acción de revisión, que hasta el momento no ha sido intentada por el señor Guzmán Díaz; ii) si se trata del señor Chaparro Uribe tampoco hay vulneración al debido proceso, ya que la fuente de información manifestó no haber sido parte de la estructura armada por lo que no podría haber aportado datos relevantes en cuanto a la pertenencia del compareciente al grupo guerrillero; iii) de cualquier manera, la prueba resultaba superflua para demostrar que el señor GUZMÁN DÍAZ era miembro de las FARC-EP, ya que de la sentencia condenatoria se podía verificar este elemento, conforme a lo dispuesto por el numeral 1º de los artículos 17 y 22 de la Ley 1820 de 2016. En consecuencia, la ausencia de esta entrevista no afecta el debido proceso ni la validez de este trámite de amnistía. La entrevista tampoco aportaría elementos de análisis indispensables sobre la gravedad de la conducta, como lo solicita la abogada del compareciente para fundamentar su apelación, ya que ellos han sido demostrados de otras maneras dentro del trámite y se deriva del hecho de tratarse de un homicidio en persona protegida que, como se ha sostenido en esta providencia, constituye una infracción grave al DIH y, por tanto, un crimen de guerra. En todo caso, se advierte a la SAI para que en próximas ocasiones deje consignadas las razones por las cuales ha renunciado a la práctica de una prueba que ella misma ha ordenado.

Otras decisiones

107. La SA coincide con la SAI en cuanto al hecho de que no corresponde a la JEP llevar a cabo el cobro de los perjuicios causados a la señora Irene López Alvarado, por ser ajeno a la naturaleza de esta jurisdicción. En decisión de tutela sobre este mismo punto y el mismo solicitante, la SA sostuvo lo siguiente:

57. Como consecuencia de esa decisión de la SAI, actualmente existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz, dentro del cual se puede buscar la garantía del derecho fundamental a la reparación integral. Será esta instancia judicial la encargada de estudiar y definir los efectos jurídicos, tanto penales, como civiles, de la Amnistía de Iure otorgada por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá a favor de Luis Alberto Guzmán Díaz, una de las dos personas condenadas, por el homicidio de Néstor Jairo Bohórquez Páez, cónyuge de la accionante.

58. Este Juez Transicional en sede de tutela no tiene la competencia para definir las consecuencias jurídicas, especialmente aquellas de carácter civil, relacionadas con la aplicación de la Ley 1820 de 2016 sobre la sentencia de 14 de octubre de 2005, cuya ejecución se reclama. En esa medida, al menos hasta que no se profiera una decisión de fondo por parte de la SAI en relación con el caso de Luis Alberto GÚMAN DÍAZ, la accionante puede estudiar la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil con el fin de que allí, en un proceso de carácter ejecutivo se



determine la posibilidad de iniciar los procedimientos necesarios para el pago de la indemnización de perjuicios a la que tiene derecho. **En esa instancia, el juez de la jurisdicción ordinaria, especialidad civil, deberá tener presente que se trata de la ejecución de una indemnización fruto de una conducta de homicidio agravado contra una agente de la fuerza pública**¹⁴⁶ (negrillas y subrayas fuera del texto).

108. En la sentencia TP-SA 155 de 2020, la SA señaló cuáles son las medidas de reparación que son de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, respecto de quienes han sido procesados como integrantes de la guerrilla de las FARC-EP. Por principio no corresponde a esta jurisdicción condenar a estas personas a efectuar reparaciones individuales de carácter indemnizatorio, como lo estatuye el artículo transitorio 18 del Acto Legislativo 1 de 2017, cuando puedan ser beneficiarios de amnistías, indultos o de renuncia a la persecución penal, pues estas son procedentes dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley 1448 de 2011¹⁴⁷. En tales supuestos, la víctima acreditada dentro del proceso puede, en consecuencia, ejercer sus derechos, conforme a lo dispuesto en los artículos 4, 13 a 15, y 38 y 39 de la Ley 1957 de 2019. En cuanto a la reparación monetaria individual, no es competencia de la JEP pronunciarse sobre las condenas civiles de la jurisdicción ordinaria¹⁴⁸, mientras

¹⁴⁶ Sentencia TP-SA 15 del 17 de octubre de 2018.

¹⁴⁷ En la sentencia mencionada, la SA sostuvo: “La JEP es el componente de justicia del SIVJRNR, es decir, le corresponde administrar justicia restaurativa, con énfasis en la recomposición del tejido social y la reparación integral de las víctimas; esta última incluye medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica; (i) El tutelante pregunta específicamente por el componente de la reparación que corresponde a la indemnización administrativa proveniente del dinero de la desmovilizada guerrilla de las FARC-EP. Al respecto, el artículo 18 del Acto Legislativo 01 de 2017, asignó esta obligación al Estado colombiano que cumple con esta obligación a través de la Unidad de Atención y Reparación a las Víctimas (UARIV), la indemnización se desembolsa una sola vez y el procedimiento para acceder a la misma está regulado en el artículo 132 de la Ley 1448 de 2011 modificada por la Ley 1153 de 2015. Dado que el señor VEGA BENAVIDES ya recibió dicha suma de dinero, la obligación del Estado se entiende satisfecha. Lo anterior encuentra justificación en la necesidad del Estado de optimizar recursos con la finalidad de lograr la reparación del mayor número de víctimas posible; (ii) Por lo expuesto, la JEP carece de un rubro específico destinado a la indemnización económica de las víctimas de la desmovilizada guerrilla de las FARC-EP. En materia de reparación, de conformidad con el punto 5 del Acuerdo Final de Paz, el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1957 de 2019 y demás normas que regulan el funcionamiento de esta jurisdicción, la reparación no es sólo de naturaleza monetaria. Son también medidas de reparación, entre otras: (1) los actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva; (2) las acciones de los responsables que contribuyan, por ejemplo, a la culminación de obras de infraestructura, el desminado humanitario y la sustitución de cultivos; (3) la reparación colectiva; (4) la rehabilitación psicosocial; (5) el retorno al territorio originario de las personas en situación de desplazamiento; (6) la restitución de la tierra; y (7) el fortalecimiento de la participación de las víctimas en todos el proceso de implementación de la paz estable y duradera; (iii) Las personas que comparecen a la JEP por haber cometido conductas en el marco de conflicto armado y que aspiran a acceder a beneficios transicionales, deben garantizar que van a realizar todos los esfuerzos para reparar a las víctimas, no necesariamente en sentido pecuniario y de forma individual, pero a través de otras vías como las enunciadas en el numeral anterior; (iv) Los bienes de las FARC están destinados a la reparación material de las víctimas. El Decreto Ley 903 de 2017 señala que su administración le corresponde a la Sociedad de Activos Especiales (SAE), razón por la cual la JEP no tiene competencia alguna en esta materia. Sobre el particular, es necesario precisar que, estos bienes se suman a los recursos económicos que el Gobierno Nacional ha dispuesto para la indemnización administrativa de que trata la Ley 1448 de 2011 que, como se reitera, el peticionario admitió haber recibido; y, (v) Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que: “Este Tribunal observa que el Gobierno Nacional, en representación del Estado, es el encargado de garantizar la reparación material de las víctimas del conflicto armado, para lo cual tiene como fuentes de financiamiento, entre otras, los ingresos provenientes de los bienes de las FARC-EP, sobre los que debe promover y gestionar las medidas necesarias para su conservación y aseguramiento, así como dar cuenta de su gestión ante las autoridades de control administrativas y judiciales correspondientes”.

¹⁴⁸ La sentencia condenatoria ya se encuentra en firme y, por tanto, es ejecutable, máxime cuando, a través de esta decisión, se confirmará la negativa a conceder la amnistía. Sólo perdería esta naturaleza si es exitosa la acción de



no se descarte que la persona puede llegar a beneficiarse de alguno de los mecanismos transicionales contemplados en la Constitución (AL 1/17 art trans 18). Ello no obsta para que dentro del proceso transicional se disponga que el compareciente desarrolle las tareas de reparación correspondientes, teniendo en cuenta que le fue negada la amnistía. La vigilancia de este régimen de condicionalidad proactivo le corresponde a la SDSJ, por cuanto será ante la cual se continúe con el trámite, por las razones indicadas en esta providencia.

109. Finalmente, cabe advertir a la SAI que, a diferencia de lo que ésta sostuvo en la presente ocasión, las apelaciones contra las providencias que deciden de fondo sobre las amnistías de sala se conceden en el efecto suspensivo, conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 13, y a sus numerales 6 y 11, de la Ley 1922 de 2018.

En mérito de lo expuesto la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución,

VI. RESUELVE

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas, la Resolución SAI-AOI-D-ASM-051-2019, dictada por la SAI el 23 de julio de 2019.

Segundo. MODIFICAR el numeral primero de la Resolución SAI-AOI-D-ASM-051-2019, dictada por la SAI el 23 de julio de 2013 y, en su lugar, **VARIAR**, por las razones expuestas, la calificación jurídica de la conducta de homicidio agravado, a la de homicidio en persona protegida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 del Código Penal Colombiano.

Tercero. REVOCAR el numeral cuarto de la decisión de primera instancia y, en su lugar, **REMITIR** copia del expediente a la SDSJ para que de aplicación al régimen de condicionalidad y tome las medidas mencionadas en esta decisión.

Cuarto. REMITIR copia de esta decisión a la Sección de Revisión, para que inicie la supervisión y vigilancia de la LC otorgada al señor Luis Alberto GUZMÁN DÍAZ.

Quinto. NOTIFICAR esta providencia al compareciente, su apoderada, al Ministerio Público y a la señora Irene López Alvarado, víctima debidamente acreditada dentro del trámite.

Sexto. ADVERTIR que contra esta decisión no procede recurso alguno.

revisión que el compareciente afirma quiere ejercer o si, en un eventual trámite de sustitución de la pena, se cambiara dicha condena pecuniaria.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sección de Apelación

**RODOLFO ARANGO
RIVADENEIRA**
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

SANDRA GAMBOA RUBIANO
Magistrada
Con salvamento de voto

PATRICIA LINARES PRIETO
Magistrada

JUAN FERNANDO LUNA CASTRO
Secretario Judicial

