



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS
Canada



"PAZ CON JUSTICIA TRANSICIONAL"

Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional

"PAZ CON JUSTICIA TRANSICIONAL"

Aportes para Colombia desde el Derecho Internacional



© ASFC, 2014. Todos los derechos reservados.

Avocats sans frontières Canada

825, rue Saint-Joseph Est, bureau 230

Québec (Québec), G1K 3C8, Canadá

info@asfcanda.ca

Abogados sin fronteras Canadá en Colombia

Carrera 26 No. 39-41

Barrio La Soledad

Bogotá, Colombia

info.colombia@asfcanada.ca

www.asfcanada.ca

Documento de trabajo elaborado por Alejandro Valencia Villa, con la colaboración de Natalí Buitrago, Simon Crabb, Edouard Delaplace, Elyse Desjardins, Macarena Diab, Fabian Andrés Hurtado, Andrés Felipe Peña Bernal, Gael Pétilion, Carolina Pimentel y Pablo Uribe.

Se agradecen los comentarios de Camilo Bernal y Gabriel Arias.

Diseño: Gorka Ortega.

Fotografía de portada: Gorka Ortega.

Imagen de portada: Grafitti, Calle 26, Bogotá. Autor: Gauche.

Este es un documento institucional, no está destinado a uso comercial ni a su venta. Se pueden hacer copias del documento para su difusión. Se permite su uso parcial o total siempre que se cite la fuente.

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de Abogados sin fronteras Canadá y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Índice de contenidos

ABREVIATURAS	7
PREFACIO	9
RESUMEN EJECUTIVO	10
INTRODUCCIÓN	13
METODOLOGIA	18
APARTADO 1. Los crímenes internacionales y la situación de Colombia	19
APARTADO 2. Compatibilidad de los criterios de priorización y selección del Marco Jurídico para la Paz, con la obligación de investigar del Estado colombiano	39
APARTADO 3. Ventana abierta a la impunidad: Reforma al fuero penal militar y crímenes internacionales	44
APARTADO 4. El papel de una Comisión de la Verdad frente a eventuales crímenes de competencia de la CPI	50

APARTADO 5. 55
La jurisdicción universal: otro recurso de las víctimas para acceder a la justicia

APARTADO 6. 58
La viabilidad de un tribunal penal internacional o de un tribunal nacional internacionalizado o un tribunal nacional especial para la situación colombiana

APARTADO 7. 64
La prohibición de amnistías para criminales de guerra y lesa humanidad

APARTADO 8. 73
La responsabilidad del superior

APARTADO 9. 78
Las modalidades de la pena para los beneficiarios de la paz negociada

APARTADO 10. 97
Los “intereses de la justicia” ante el proceso de paz

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 102

Abreviaturas

ASFC - Abogados sin fronteras Canadá

CPI - Corte Penal Internacional

MJP - Marco Jurídico para la Paz

ELN - Ejército de Liberación Nacional

ER - Estatuto de Roma

FARC-EP - Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo

OF-CPI - Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

Prefacio

Desde el año 2003, Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) participa activamente en la promoción y protección de los derechos humanos y a la lucha contra la impunidad en Colombia. ASFC apoya el trabajo de los y las abogados/as defensores/as de derechos humanos, con el objetivo de lograr el pleno respeto de los derechos de las víctimas, en particular del conflicto armado, ofreciendo respaldo en casos emblemáticos de graves violaciones a derechos humanos, acompañamiento internacional y sesiones de formación.

El presente informe es parte de un proyecto que implementa ASFC en asociación con Abogados sin Fronteras en Bruselas con el apoyo de la Unión Europea, cuyo objetivo es fortalecer en Colombia los principios del *Estatuto de Roma* de la Corte Penal Internacional. ASFC hace mayor énfasis en el “principio de complementariedad”, según el cual se debe promover ante todo el uso de los mecanismos legales nacionales por parte de las víctimas, para investigar y sancionar a los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Colombia.

Este informe analiza el escenario para un posible marco de justicia transicional resultante de las actuales negociaciones de paz entre el gobierno colombiano y la organización guerrillera FARC-EP y de las conversaciones exploratorias entre el gobierno colombiano y la organización guerrillera ELN.

El análisis se realiza a partir de lo establecido en el llamado *Marco Jurídico para la Paz*, Acto Legislativo 01 de 2012, las sentencias de la Corte Constitucional al respecto y los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional, con enfoque especial en el *Estatuto de Roma*.

Con la publicación de este informe, ASFC espera hacer algunos aportes para consolidar, en caso de un eventual proceso de justicia transicional, un marco jurídico que cumpla con las obligaciones internacionales del Estado colombiano y que vele por el derecho de las víctimas a la justicia. ASFC no considera que la paz y la justicia sean valores opuestos. Por el contrario, promueve la justicia como uno de los mecanismos de verdad y rendición de cuentas que, al combatir la impunidad, contribuirá a la consolidación de la paz.



Pascal Paradis
Director General ASFC

Resumen Ejecutivo

Por décadas, el conflicto armado colombiano ha sido el escenario de graves violaciones de los derechos humanos, de las cuales muchas permanecen en la impunidad. A raíz de las negociaciones de paz en La Habana, el gobierno colombiano, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP), y diversas organizaciones de la sociedad civil, han debatido sobre qué modelo de justicia podría ser el más adecuado para juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco del conflicto armado.

Lo anterior tiene relevancia si se considera que la justicia, junto con el derecho a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición, es uno de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. En cualquier escenario de post-conflicto, el modelo de justicia que se adopte debe considerar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y asegurarse que dicho modelo no viole el derecho de acceso a la justicia de las víctimas, ni que ello implique una cuota de impunidad en aras de la paz.

La experiencia internacional señala que todo proceso de paz conlleva planear diversos modelos de justicia como uno de los componentes de una paz negociada. Si bien es importante reconocer que una justicia completa es imposible, la existencia de la Corte Penal Internacional recuerda que una paz con total impunidad tampoco es posible.

La situación en Colombia está siendo actualmente examinada, de manera preliminar por parte de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (OFCPI). La OFCPI en su informe de 2012, resaltó que hay bases razonables para establecer que todos los actores en el conflicto armado han cometido crímenes de competencia de la Corte, es decir crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En el mismo informe, se afirma que el Marco Jurídico para la Paz seguiría siendo examinado dado que existe “la posibilidad de que el Marco Jurídico tenga repercusiones en el desarrollo de las actuaciones nacionales relativas a crímenes de competencia de la CPI y en la evaluación de la admisibilidad de casos ante la misma; por lo tanto, su aplicación guarda una relación directa con el examen preliminar de la situación en Colombia”. Asimismo a raíz de una

visita de seguimiento de la CPI a Colombia en 2013, la Fiscalía estableció que la justicia debe tener un rol integral para asegurar la paz y la estabilidad en Colombia.

Los debates sobre justicia transicional van desde implementar un modelo nacional, propuesto en el llamado Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 del 31 de Julio de 2012) hasta la posibilidad de crear un tribunal internacional, pasando por propuestas de tribunales mixtos o modelos alternativos de justicia restaurativa. Cada propuesta cuenta con objetivos diversos y enfoques de juzgamiento según la pertenencia a un grupo o nivel de responsabilidad.

En ese contexto, el presente informe parte para su análisis de las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derecho internacional humanitario, derecho internacional de derechos humanos y derecho penal internacional para hacer un análisis a partir del Marco Jurídico para la Paz con el objetivo de resaltar la obligación del Estado colombiano de investigar, perseguir y sancionar los crímenes internacionales de conformidad con el Estatuto de Roma, del cual Colombia es parte.

Partiendo del Marco Jurídico para la Paz, las distintas experiencias internacionales y los derechos de las víctimas reconocidos por los estándares internacionales, se plantean elementos para el debate en materia de justicia, abordando diversos escenarios que permitan evaluar, desde el contexto y necesidades colombianas, las opciones que vislumbra el panorama legal actual.

Para Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) paz y justicia no son valores encontrados. La lucha contra la impunidad, es un elemento clave para consolidar una paz duradera en Colombia.

En un contexto de tensión política, el debate sobre justicia deberá apegarse a las lecciones aprendidas de países con experiencias similares y apropiarse de los estándares internacionales del derecho penal internacional, del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de derechos humanos para asegurar que no haya impunidad para los máximos responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad en detrimento de los derechos de las víctimas. En ese sentido, ASFC considera que el Estado colombiano podrá guiarse con base en los principios del Estatuto de Roma para seguir fortaleciendo el sistema de administración de justicia.

Se presentan también aspectos que generan preocupación a la luz del actual proceso de paz ya que no necesariamente estarían conforme a los principios del Estatuto de Roma.

ASFC recomienda algunas alternativas con el objetivo de aportar elementos que contribuyan al cumplimiento de dichas obligaciones internacionales, tales como: excluir el fuero penal militar para juzgar crímenes internacionales, asegurar que la interpretación de crímenes internacionales sea compatible con el Estatuto de Roma, evaluar posibles modelos de justicia transicional distintos al Marco Jurídico para la Paz, analizar la compatibilidad de dicho Marco Jurídico con el derecho penal internacional, implementar una metodología de priorización y selección de casos con carácter excepcional, excluir amnistías para crímenes internacionales y finalmente incorporar un modelo de penas alternativas condicionadas a prerequisites claros que garanticen los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, la no repetición de los hechos y una paz duradera.

Introducción

A doce años de la entrada en vigor en Colombia del Estatuto de Roma (ER) y la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), vale la pena examinar algunos aspectos vinculados con la realidad nacional de cara a ese tratado y a ese tribunal internacional. La entrada en vigor internacional del Estatuto de Roma fue el 1° de julio de 2002 y para Colombia fue el 1° de noviembre del 2002 en virtud de la Ley 742 de 2002. A partir de esas fechas se han presentado en el territorio colombiano graves violaciones de derechos humanos que pueden ser de eventual competencia de la CPI. Además se vienen adelantando negociaciones de paz por parte del gobierno con las organizaciones guerrilleras; con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se desarrollan conversaciones en la ciudad de La Habana, Cuba y con el Ejército de Liberación Nacional (ELN) se vienen realizando conversaciones exploratorias.

Este documento abordará algunos interrogantes a partir del proceso de paz del Estado colombiano con las organizaciones guerrilleras que son relevantes para evaluar la situación de Colombia ante sus obligaciones internacionales en materia de justicia criminal internacional. Más que respuestas definitivas a interrogantes vinculadas con la justicia y la paz ante los derechos de las víctimas, el presente informe busca presentar elementos para el debate a partir de algunos estándares internacionales del derecho penal internacional, del derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. El tratamiento no es exhaustivo y ni mucho menos pretende establecer la última palabra sobre estas materias. Por el contrario, presentará ciertas inquietudes que se consideran importantes a tener en cuenta frente a las obligaciones internacionales plasmadas en el Estatuto de Roma y a la eventual competencia de la CPI vinculadas con el proceso de paz con las organizaciones guerrilleras.

El 18 de octubre de 2012, hace más de dos años, se instaló formalmente la mesa de conversaciones entre el gobierno nacional y las FARC. Para darle un fundamento legal a los eventuales acuerdos que se aprueben en ese proceso de paz, se introdujeron reformas a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el Marco Jurídico para la Paz (MJP). Dicho Acto Legislativo ha sido objeto de varias demandas ciudadanas de inconstitucionalidad, que han producido dos pronunciamientos

de la Corte Constitucional: las sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014, que han declarado exequibles los apartados demandados y han establecido algunos criterios para la aplicación e interpretación de dicho Marco Jurídico.

Aunque hasta la finalización de las negociaciones de paz no se sepa la suerte definitiva del Marco Jurídico para la Paz, el presente de esa reforma constitucional es incierto. El proyecto fue elaborado por el gobierno nacional con el respaldo de su bancada política en el Congreso de la República pero cada vez tiene más detractores. Por un lado, algunos de los futuros beneficiarios de ese Marco Jurídico, los guerrilleros, no participaron ni en su diseño y discusión, y por ende señalan que la solución jurídica a la paz debe ser otra y que la misma será la acordada en la mesa de conversaciones que tiene lugar en La Habana. Por el otro, sectores políticos como el Centro Democrático, partido del ex presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, y pronunciamientos del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, lo rechazan porque consideran que dicho modelo beneficiaría a las guerrillas. Además, actualmente se tramitan varios proyectos de ley y de actos legislativos que buscan fortalecer la justicia penal militar con el objetivo de atribuir mayor competencia sobre el juzgamiento de algunas violaciones de derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

Así la credibilidad política y legitimidad jurídica del Marco Jurídico para la Paz esté puesta en duda, vale la pena hacer un análisis de ciertos aspectos de él conforme a los estándares internacionales de los derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional. Hasta que no se decida nada diferente, ya sea vía acuerdos de paz o por decisiones del gobierno nacional o del Congreso de la República, será la ley estatutaria de dicho Marco Jurídico para la Paz la que defina los aspectos centrales de la justicia y la paz. Las actuaciones futuras de la CPI frente a la situación colombiana van a estar determinadas en buena parte por lo que se reglamente en esa ley estatutaria.

El propósito no es abordar todas las problemáticas de la CPI vinculadas con la situación colombiana. Un tema como es una eventual competencia de la CPI frente a los crímenes cometidos por miembros de grupos de autodefensa, paramilitares o de las denominadas bandas criminales no son tratados. Ese examen ameritaría entre otras una evaluación a fondo de la llamada Ley de Justicia y Paz -Ley 975 de 2005- que se aplica a miembros de grupos armados organizados al margen de la ley.

Otro tema que tampoco se abordará es si la justicia colombiana tiene voluntad y capacidad para investigar, juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI. Esta Corte es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1) y, por tanto, los Estados tienen el deber inicial de investigar y sancionar los crímenes de su competencia, a menos que éstos no quieran o no puedan (art. 17). En esa medida, habría

que demostrar alguna de las hipótesis de este último artículo para que la CPI adquiriera competencia. En estricto sentido, según el artículo 17, la complementariedad puede generar admisibilidad por inactividad total del Estado, inadmisibilidad por actividad del Estado y admisibilidad por falta de voluntad o capacidad del Estado. En éste último caso, la falta de voluntad se establece cuando existe el propósito de sustraer de la responsabilidad penal al implicado,¹ hay demora injustificada en la decisión² y se presenta falta de independencia³ e imparcialidad⁴ en la administración de justicia. La incapacidad se mide por el colapso total del aparato de justicia, el colapso sustancial del aparato de justicia o la carencia de un sistema de justicia nacional.⁵

¿Las actuales respuestas de la justicia Colombia, incluyendo sentencias condenatorias que se han hecho efectivas, ante los crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados por agentes del Estado y por miembros de las FARC – EP y del ELN a partir del 1 de noviembre de 2002 que puedan ser de una eventual competencia de la CPI, demuestran que hay o no falta de voluntad o capacidad del Estado colombiano en los términos del artículo 17 del Estatuto de la CPI? Responder esa pregunta, tema crucial para determinar la competencia de la CPI frente a la situación colombiana, amerita una

1 Los parámetros de la Fiscalía de la CPI para evaluar este criterio pueden incluir: investigaciones y procesos evidentemente insuficientes, incumplimiento con las prácticas y procedimientos establecidos, omisión de pruebas o valorarlas de manera insuficiente; intimidación de víctimas, testigos o funcionarios judiciales; incoherencia entre la decisión y las pruebas, deficiencias en la imputación de cargos y la responsabilidad del victimario con respecto a la conducta y su grado de participación, decisiones judiciales erradas a consecuencia de una identificación equivocada, exámenes forenses errados, pruebas incompletas, pruebas fabricadas, declaraciones manipuladas o coaccionadas, errores en la admisión o rechazo o de pruebas, no proporcionar información o no colaborar con la CPI. Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, Documento de política general sobre exámenes preliminares, noviembre de 2013, párr. 51. Véase al 10 de Noviembre del 2014 en: <http://www.icc-cpi.int/ccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf#search=policy%20preliminary%20examinations>

2 Los parámetros de la Fiscalía de la CPI para evaluar este criterio pueden incluir: el ritmo de las investigaciones y procedimientos, si se puede justificar objetivamente la demora, si hay una prueba de una falta de voluntad de llevar al victimario ante la justicia. *Ibíd.*, párr. 52.

3 Los parámetros de la Fiscalía de la CPI para evaluar este criterio pueden incluir: el presunto involucramiento del Estado, el rol constitucional y los poderes otorgados a las instituciones del sistema de justicia, hasta qué punto el nombramiento o destitución de investigadores, fiscales y jueces afectan al debido proceso; la aplicación de un régimen de inmunidades y privilegios para presuntos responsables que pertenecen a instituciones gubernamentales, la injerencia política en la investigación o en el juicio, corrupción de investigadores, fiscales y jueces. *Ibíd.*, párr. 53.

4 Los parámetros de la Fiscalía de la CPI para evaluar este criterio pueden incluir: conexiones entre los presuntos victimarios y las autoridades competentes para la investigación y sanción de los presuntos delitos; declaraciones públicas, premios, sanciones, destituciones o represalias con respecto al personal implicado. *Ibíd.*, párr. 54.

5 Los parámetros de la Fiscalía de la CPI para evaluar los factores relevantes para el análisis de la capacidad pueden incluir: no poder hacer comparecer al acusado, no disponer de las pruebas y los testimonios necesarios, no estar por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio, la falta de capacidad de las autoridades judiciales para ejercer sus funciones en su jurisdicción; la falta de condiciones de seguridad para los testigos, investigadores, fiscales, jueces o la falta de medidas para protegerlos; la falta de un marco legislativo para procesar la conducta, la falta de recursos y las violaciones de los derechos fundamentales del acusado. *Ibíd.*, párrs. 53 y 54. Véase también Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional, estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 169 y ss.

investigación minuciosa del trabajo adelantado por la fiscalía y la judicatura que desborda el objetivo de este texto.⁶

Las siguientes páginas tratarán los desafíos de la justicia a partir de las respuestas legales y jurisprudenciales que hasta la fecha se han aprobado en Colombia en relación con la paz y su vinculación con los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición. Además, ante las conversaciones de paz entre el gobierno colombiano y las organizaciones guerrilleras, es pertinente examinar algunos aspectos en clave de las obligaciones planteadas en el Estatuto de Roma. El texto cuenta con diez capítulos y unas conclusiones:

En el primer capítulo, se expone el *concepto de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma*, cómo se vienen tratando los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra por el derecho colombiano y los crímenes de lesa humanidad y de guerra en el Marco Jurídico para la Paz. Asimismo se hacen algunas consideraciones sobre los crímenes de competencia de la CPI perpetrados en Colombia y sobre si los crímenes de guerra pueden o no ser considerados crímenes de lesa humanidad.

En el segundo, se traen a colación algunas disquisiciones en torno a los *criterios de priorización y selección de casos* que deben ser investigados por la justicia.

El tercero presenta consideraciones en torno a si la *justicia penal militar* es o no competente para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

En el cuarto, se introducen comentarios sobre una futura *comisión de verdad*, y si su trabajo sustituye o no la justicia y si debe contar o no con funciones judiciales.

En el quinto se plantean las implicaciones del principio de la *jurisdicción universal* ante la no investigación y sanción de los crímenes internacionales.

6 En relación con los límites derivados del comportamiento de los órganos del Estado y de los medios disponibles para investigar y juzgar los crímenes de competencia de la CPI, algunos analistas resaltan que la persecución queda limitada a una cuestión de oportunidad política del gobierno de turno y que la capacidad del poder judicial se ve reducida por las amenazas la violencia, la intimidación y las presiones del poder ejecutivo: "En el balance de los medios disponibles, los instrumentos jurídicos son pertinentes, las instituciones se encuentran debidamente creadas (aunque adolecen de problemas de coordinación, burocracia y precariedad en las periferias del país) y los funcionarios se hallan, en promedio, preparados para ejercer la función judicial, pero el conjunto de limitaciones de la acción penal, aquellas derivadas del comportamiento de los órganos del Estado y la ausencia de garantías presupuestarias y de seguridad para los operadores de justicia, entre otros factores, hacen que la existencia formal de los instrumentos jurídicos no pueda traducirse en un ejercicio eficaz de la justicia en materia de crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra y que el Estado de derecho se vea seriamente cuestionado ante su incapacidad de reposar sobre la eficacia del ordenamiento jurídico". Rosmerlin Estupiñán Silva, *Derecho internacional y crímenes de guerra en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 2013, pp. 244 y 245. La cita es de la página 252.

En el sexto, se comentan las posibilidades de crear para la situación colombiana un *tribunal penal internacional*, un *tribunal nacional internacionalizado* o una *jurisdicción nacional nueva y especial*.

El séptimo apartado, analiza si es posible o no aprobar una *amnistía* general o sin condiciones por graves violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario; y si pueden considerarse o no como delitos políticos o como delitos conexos a los delitos políticos, las violaciones de derechos humanos o las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

En el octavo, se abordan las diferentes fórmulas para imputar crímenes a los *máximos responsables* y la necesidad de evaluar los estándares internacionales en esta materia para establecer dichas responsabilidades.

El noveno apartado, presenta varias propuestas y consideraciones sobre las *penas* para criminales de guerra y de lesa humanidad. Se proponen una combinación de varias variables punitivas (la pena reducida con condiciones, la suspensión condicionada de la pena, la aplicación de sanciones extra-judiciales y de penas alternativas, y la renuncia condicionada de la acción penal), con el tipo de crímenes cometidos, con algunos elementos a tener en cuenta en su selección y priorización, y de acuerdo al papel del responsable ya sea miembro de un grupo al margen de la ley o agente del Estado.

Finalmente, el décimo apartado, trata sobre la cláusula de los *intereses de la justicia* establecida por el Estatuto de Roma y si está siendo satisfecha por el Marco Jurídico para la Paz y/o por las actuales negociaciones de paz.

Metodología

El texto usa una metodología sencilla. Aborda cada uno de los temas a partir de contrastar los estándares internacionales en materia de derechos humanos, derecho humanitario, derecho penal internacional y justicia transicional, con las medidas legales y jurisprudenciales que se vienen adoptando dentro de las conversaciones de paz con las organizaciones guerrilleras. Se tienen en cuenta además diversas fuentes de derecho comparado, así como de doctrina nacional e informes, y jurisprudencia y casos sobre la situación de derechos humanos en Colombia.

Con el objetivo de contar con información fáctica, se realizaron solicitudes a diversas instituciones estatales, sin que ASFC obtuviera respuesta de datos estadísticos en tiempo para incluir dicha información en el presente estudio.

Apartado 1

Los crímenes internacionales y la situación de Colombia

No toda violación de derechos humanos es considerada un crimen internacional, incluso solo ciertos crímenes que tienen mayor trascendencia internacional como son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión son de competencia de la CPI. El Marco Jurídico para la Paz hace referencia a los tres primeros pero no de manera coherente con los estándares internacionales, como se abordará en páginas posteriores. En este apartado en primer lugar se expondrá de manera breve el concepto de cada uno de los crímenes del Estatuto de Roma, luego cómo se vienen tratando los tres primeros crímenes de competencia de la CPI por el derecho colombiano, posteriormente se harán algunas consideraciones sobre el tratamiento que le otorga el Marco Jurídico para la Paz a los crímenes de lesa humanidad y de guerra, y finalmente se plantea el interrogante de si los crímenes de guerra pueden ser considerados o no crímenes de lesa humanidad.

1.1. Los crímenes internacionales según el Estatuto de Roma⁷

El genocidio es un neologismo que se le debe al jurista Raphael Lemkin, que apareció por primera vez en su obra “El dominio del eje por la Europa ocupada”,⁸ que combina una raíz griega (*genus*, pueblo) y un verbo latino (*caedere*, cortar, matar). Este neologismo y la experiencia del Tribunal de Nüremberg llevaron a que se aprobara el 9 de diciembre de 1948, un día antes de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio, aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 28 de 1959. El artículo 2º de ese instrumento, que contiene la definición, ha sido reproducido por el artículo 6º del Estatuto de Roma:

7 Este apartado retoma y actualiza puntuales textos del libro de Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, segunda edición actualizada, enero de 2013.

8 Raphael Lemkin, *El dominio del eje en la Europa ocupada*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.

Se entiende por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Algunas graves violaciones de derechos humanos pueden ser catalogadas como crímenes de lesa humanidad⁹. Para otorgar dicha calificación, se debe analizar si los hechos constituyen una comisión múltiple de casos, si fueron dirigidos contra la población civil, si fueron sistemáticos o generalizados y si fueron parte de una política de Estado o de una organización política. Con base en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, en particular de los tribunales penales de la antigua Yugoslavia¹⁰ y de Ruanda,¹¹ así como de la definición establecida por el Estatuto de Roma,¹² se pueden señalar como elementos importantes a probar para que ciertas violaciones de derechos humanos sean consideradas crímenes de lesa humanidad, los siguientes:

9 Vale la pena anotar que aunque esta noción ha resurgido durante la década de los noventa del siglo pasado con la aprobación de los estatutos de los tribunales penales internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como con su jurisprudencia y con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, éste es un concepto que tuvo su primera aplicación judicial con el Nüremberg después de la Segunda Guerra Mundial. El principio VI de derecho internacional, reconocido por el Estatuto, y las sentencias del Tribunal de Nüremberg dicen: "Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: (...) c) Delitos contra la humanidad. El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, en relación con él".

10 El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, señala que: "El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

11 El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece que: "El Tribunal Internacional para Rwanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos".

12 El artículo 7 del Estatuto de Roma dice: "Se entiende por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h)

1°. La existencia de un ataque, que se demuestra tanto con la comisión múltiple de violaciones de derechos humanos como con la existencia de una política de Estado o de una organización política.¹³

2°. El ataque debe estar dirigido contra una población civil; se subraya que la población víctima debe ser predominantemente civil y la naturaleza de civil la determina la especial situación de la víctima al momento del crimen antes que su estatus.¹⁴

3°. El carácter generalizado o sistemático del ataque. Lo sistemático significa que las violaciones de derechos humanos deben ser de conformidad con un plan o una política preconcebida, deben ser violaciones conscientemente organizadas y que siguen un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados; pueden ser acciones u omisiones que deben estar vinculadas entre sí, con una finalidad o meta puntual sea explícita o que se infiera por el análisis coyuntural de las circunstancias históricas generales y el trasfondo político correspondiente, el contenido general del programa político, plasmado en los escritos y discursos de los autores, la propaganda mediática, el establecimiento e implementación de estructuras militares autónomas, las ofensivas militares coordinadas y repetidas, o la escala de los actos violentos perpetrados, en particular asesinatos, violaciones, torturas y detenciones arbitrarias.

Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".

13 Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (artículo 7.2.a del Estatuto de Roma). Al centrarse en el concepto de organización, la mayoría de los jueces de la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en la situación en la República de Kenia llegaron a la conclusión de que este concepto abarca entidades no estatales. La Sala de Cuestiones Preliminares consideró que la 'naturaleza formal de un grupo y el nivel de su organización no debe ser el criterio que define'. En cambio, en opinión de la mayoría, una distinción debe constituirse sobre si un grupo tiene la capacidad de realizar actos que atentan contra los valores básicos humanos. La CPI ha elaborado criterios para determinar si una entidad puede ser calificada como una organización bajo el Estatuto de Roma. Más específicamente, estos criterios podrían incluir: (i) si el grupo está bajo un mando responsable, o tiene una jerarquía establecida; (ii) si el grupo posee, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; (iii) si el grupo ejerce control sobre una parte del territorio de un Estado; (iv) si el grupo tiene actividades criminales contra la población civil como objetivo principal; (v) si el grupo articula, de manera explícita o implícita, la intención de atacar a la población civil; (vi) si el grupo es parte de un grupo más grande, que cumple con todos o algunos de los criterios anteriormente mencionados. La mayoría aclara que, si bien estas consideraciones pueden ayudar a la Sala de Cuestiones Preliminares en su determinación, no constituyen una definición legal rígida, y no es necesario que se cumplan de manera exhaustiva. Páginas 6-10. Ver al 10 de noviembre del 2014: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20131111T105507-ICD%20Brief%20%202%20-%20Holvoet.pdf>

14 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Caso Tadić*, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia, párr 638.

Lo generalizado implica que las violaciones de derechos humanos deben ser masivas, frecuentes, cometidas a gran escala realizadas colectivamente con una considerable gravedad, es decir, dirigidas contra una multiplicidad de víctimas; la perpetración de actos debe estar dirigida o tiene como objetivo varias víctimas, aunque éste no sea necesariamente el resultado y dichas acciones tienen un efecto acumulativo que repercute en un número de personas mayor a las víctimas directas. Además, es lo uno o lo otro, el carácter disyuntivo entre lo generalizado o lo sistemático es fundamental, con que se demuestre cualquiera de estos dos elementos el requisito se satisface.

4º. El acto se cometa con conocimiento de dicho ataque, implica que el autor represente el riesgo de que su conducta forma parte de un ataque de esas características; será suficiente demostrar que el autor representó la probabilidad de que ello ocurriera; además de la intención de cometer un crimen, el autor debe ser consciente del contexto en que cometió su acto, el cual puede ser deducido implícitamente de las circunstancias.¹⁵

Aunque el Estatuto de Roma no define los crímenes de guerra sino que los enumera, se entiende que estos no son otra cosa que las infracciones graves del derecho internacional humanitario que se cometen dentro del marco de un conflicto armado, es decir, dentro de un contexto de hostilidades de carácter colectivo que enfrentan fuerzas o grupos armados organizados y dirigidos por un mando responsable.

Al momento en que el Estado colombiano realizó el depósito de ratificación del Estatuto de Roma, el gobierno hizo la declaración consignada en el artículo 124 del Estatuto¹⁶ mediante la cual durante un periodo de siete años contados a partir del 1 de noviembre de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto en Colombia, el Estado colombiano no aceptaba la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra.¹⁷ Esta declaración en la práctica significa que la CPI no tiene competencia para conocer de crímenes de guerra cometidos en territorio colombiano o por colombianos en otro territorio entre el 1 de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009. Esto no impide que la CPI conozca de los otros crímenes de su competencia perpetrados en esas fechas.

15 Para un análisis de estos elementos véanse las dos primeras decisiones más emblemáticas de los tribunales penales internacionales: Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Caso Tadić*, Decisión del 7 de mayo de 1997, primera instancia; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Caso Akayesu*, Decisión del 2 de septiembre de 1998. Así como el artículo 7 del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes correspondientes a este artículo.

16 En la medida que esta declaración no cobija los crímenes de genocidio, lesa humanidad y agresión, pareciera que para el Estatuto de Roma los crímenes de guerra fueran menos graves, cuando todos los crímenes internacionales son igual de graves e importantes.

17 La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 2010 aprobó una resolución por la que decidió conservar el artículo 124 en su forma actual y convino revisar nuevamente sus disposiciones durante el 14º período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en 2015.

Los crímenes de guerra son diferentes a los crímenes de lesa humanidad. No existe una jerarquía normativa entre ambos crímenes, son ilícitos igualmente reprochables, y aunque una misma conducta delictiva pueda ser al mismo tiempo un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad, son nociones distintas. A la luz del Estatuto de Roma, los primeros se deben dar en el contexto de un conflicto armado, los segundos pueden presentarse así no exista un conflicto armado. Los primeros no requieren ningún elemento de sistematicidad o generalidad mientras los segundos sí.

La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 2010 fundó la definición del crimen de agresión establecida por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, y en ese contexto convino en calificar como agresión un crimen cometido por una persona que estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

En relación con esos cuatro crímenes, no vale la pena realizar consideraciones sobre el crimen de agresión ya que todavía la CPI no puede pronunciarse al respecto ya que según el artículo 15.2 bis del Estatuto de Roma sólo podrá ejercer su competencia respecto de este crímenes cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes y hasta el 5 de noviembre de 2014 solo dieciocho (18) Estados habían aprobado dicha enmienda.¹⁸ Como si fuera poco, el numeral 3º del mismo artículo 15 indica que la Corte ejercerá su competencia respecto de este crimen “a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto”.

1.2. Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra en el derecho colombiano¹⁹

El crimen de genocidio y los crímenes de guerra están consagrados en el código penal colombiano. El artículo 101 tipifica el crimen de genocidio y el artículo 102 la apología del genocidio. El Título II de la parte especial, artículos 135 a 164, tipifican los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. El código penal no tipifica los crímenes de lesa humanidad conforme a los elementos del Estatuto de Roma; si bien algunos de los actos mencionados por dicho Estatuto se encuentran

¹⁸ Ver al 10 de noviembre del 2014: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=en

¹⁹ Este apartado retoma y actualiza puntuales textos del libro de Alejandro Valencia Villa, *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*, Op. Cit.

tipificados de manera autónoma,²⁰ ninguno de esos artículos señala que se deben cometer "como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil" como exige el artículo 7º del Estatuto. Solo de manera reciente una ley para casos de violencia sexual define el crimen de lesa humanidad conforme al Estatuto de Roma²¹ sin que esto signifique una tipificación de los crímenes de lesa humanidad como delitos en la legislación colombiana.

La incorporación de la noción de crimen de lesa humanidad al ordenamiento jurídico colombiano ha sido tardía y polémica. De hecho, el actual Código Penal no contiene un capítulo específico al respecto; es más, algunos comportamientos que aparecen tipificados en la ley 599 de 2000, y que son calificados como crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la CPI, tal como sucede con la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, el homicidio agravado, la tortura y la violación, no contienen los elementos de sistematicidad y generalización previstos en la normatividad internacional. Tampoco prevén tales tipos penales internos la existencia de un plan o de una política que hayan estado detrás de su comisión, en los términos del artículo 7º del Estatuto de Roma de la CPI. De allí que sea posible afirmar que el ordenamiento jurídico penal colombiano no tipifica todos los crímenes estipulados en el Estatuto de Roma (verbigracia, exterminio, apartheid, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, entre otros), en tanto que aquellos que sí lo están (verbigracia, desaparición forzada, tortura, violación, etcétera), no contienen los mismos elementos exigidos en el contexto internacional.²²

Ante el vacío que ofrece el código penal colombiano de no contar con tipos que obedezcan a las características del crimen de lesa humanidad,²³ eso no permite que un operador de justicia sancione a una persona con base en el artículo 7º del Estatuto de

20 Por ejemplo el asesinato como homicidio en el artículo en el artículo 103, la tortura en el artículo 178, la desaparición forzada en el artículo 165, el traslado forzoso de población como desplazamiento en el artículo 180, entre otros.

21 Ley 1719 de 2014, por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal", 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Artículo 15: "Crimen de lesa humanidad como verdad judicial. Se entenderá como "crimen de lesa humanidad" los actos de violencia sexual cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7º del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto. La autoridad judicial competente que adelante la investigación y el juzgamiento, deberá declarar que la(s) conducta(s) por la cual se investiga o juzga es de lesa humanidad, cuando así se establezca".

22 Alejandro Ramelli Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2011, p. 262.

23 Lo más adecuado sería adoptar un nuevo título en la parte especial del código penal que tipifique varios delitos conforme a los estándares del derecho penal internacional como crímenes de lesa humanidad, así como existe un título II que tipifica las conductas que son considerados crímenes de guerra.

la CPI que consagra los delitos de lesa humanidad a través de la invocación del artículo 93 constitucional que establece el bloque de constitucionalidad.²⁴ Las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas auto ejecutivas (*self executing*), es decir, que no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el derecho interno las reglamente.²⁵ "... [L]as normas que generan responsabilidad penal individual no son auto ejecutivas o *self executing* por lo que requieren un proceso de implementación a nivel de los ordenamientos internos".²⁶ "[N]o se puede usar el bloque de constitucionalidad para imputar delitos"²⁷ y en esa medida se debe impedir el uso descontextualizado de los estándares internacionales.²⁸ En Colombia no se pueden imputar delitos con base en el Estatuto de Roma²⁹ o de los estatutos de los tribunales internacionales, solo se pueden imputar delitos con base en el código penal.³⁰

Cosa distinta es que en la parte considerativa de una decisión judicial se puedan calificar ciertas conductas como de lesa humanidad, siempre y cuando se realice un análisis serio de cada uno de los elementos que ya fueron mencionados³¹ y la imputación en la parte resolutive sea por delitos consagrados en el código penal colombiano. De manera

24 Por ejemplo como se sugiere en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, p. 208 o en la sentencia del 8 de septiembre de 2010 de la sala penal del Tribunal Superior de Bogotá, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

25 Sobre la naturaleza no auto-ejecutiva de las normas convencionales véase Fernando Pignatelli y Meca, *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro I del Código Penal, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pp. 86 y ss.

26 Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, Ara Editores, Lima, 2008, pág. 100. Sobre La naturaleza de las normas autoejecutivas y no auto-ejecutivas puede verse también Salmón, Elizabeth, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, pp. 84 y ss.

27 Centro Internacional de Toledo para la Paz, Observatorio internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Segundo Informe, noviembre 2009, Parte I, Área de Justicia, *Fórmulas de imputación de conductas delictivas que constituyen crímenes internacionales en el ámbito de Justicia y Paz*, p. 58.

28 *Ibíd.*, p. 55 y 77.

29 Aunque el Estatuto de la CPI no obliga a los Estados a tipificar los crímenes que regula, si establece el deber estatal de cooperar con la CPI, y será en virtud de este deber que los Estados tipifiquen dichos crímenes, más aun teniendo en cuenta el principio de complementariedad. Véase Elizabeth Salmón, *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*, Palestra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 244.

30 Sobre lo señalado en este párrafo véase un documento elaborado por el autor para el Programa Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional: "La aplicación del derecho internacional humanitario dentro del marco de la Ley de Justicia y Paz", mimeo, marzo de 2010. Véase también Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Op., Cit., p. 295. Agrega el autor. "Una tercer tesis, la intermedia, apuntaría a que los fiscales y jueces penales colombianos pueden acudir, en cuanto valioso criterio relevante de interpretación, al artículo 7° del Estatuto de Roma, con el propósito de contextualizar la comisión de determinados comportamientos, en especial, a efectos de: 1) lograr construir una verdad histórica; 2) buscar la puesta en marcha de mecanismos adecuados de reparación de las víctimas; 3) evitar que se cumplan las condiciones de admisibilidad de un caso ante la CPI (artículo 17 del Estatuto de Roma); 4) comprender la comisión de un determinado crimen dentro de su verdadero contexto, y no simplemente como un delito común; y 5) en últimas, combatir la impunidad en casos particularmente graves en términos de afrenta contra la dignidad humana". Pp. 295 y 296 y sobre la ventaja de esta tesis véase pp. 296 y 297.

31 1° existencia de un ataque, que se demuestra tanto con la comisión múltiple de violaciones de derechos humanos como con la existencia de una política de Estado o de una organización política; 2° El ataque debe estar dirigido contra una población civil; 3° El carácter generalizado o sistemático del ataque; 4° El acto se cometa con conocimiento de dicho ataque, implica que el autor represente el riesgo de que su conducta forma parte de un ataque de esas características

reciente, algunos jueces recurren al principio de integración entre el derecho nacional y el Estatuto de Roma,³² otros imputan con base en los delitos nacionales existentes y los adaptan a los elementos de los crímenes de lesa humanidad como delito internacional,³³ y, además, otra puerta parece abrirse con el artículo 15 de la Ley 1719 de 2014 al establecer los actos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad, aunque como acabamos de indicar este artículo no crea un tipo en el código penal colombiano.³⁴

Debido a la imprescriptibilidad consagrada por el derecho internacional y por el Estatuto de Roma³⁵ existe un afán de ciertos operadores de justicia nacionales de hacer esta calificación para evitar la prescripción de la acción penal³⁶ y así evitar que el delito quede

32 "... [E]sta Corporación ha sido enfática al precisar que la no incorporación en la legislación interna de normas que en estricto sentido definan los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento a nivel nacional, pues con base en el principio de integración (art. 93 C.P.), debe acudirse a los instrumentos internacionales alusivos a los derechos humanos y a los derechos fundamentales, en especial, en lo que al tema analizado se refiere, al Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, Instrumento que condensa la evolución del consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie... Por tal razón, el escenario normativo en el que corresponde construir los delitos de lesa humanidad, con el fin de aproximar su caracterización, es el del Estatuto de Roma, sin que sobre advertir que muy seguramente todas las conductas punibles que sirven de medio para la ejecución de los crímenes de lesa humanidad, ya se encuentran tipificadas en la legislación penal colombiana como delitos ordinarios, advertencia que sirve para determinar que a dichas conductas punibles, se les concederá una importancia superlativa, por encima de los intereses nacionales, ya que son miradas en consideración a las consecuencias propias de los crímenes internacionales, señaladas anteriormente". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión del 23 de mayo de 2012, magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez, proceso 33180. Ver al 10 de noviembre de 2014: [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novedades/Archivo/Penal/34180\(23-05-12\).pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Novedades/Archivo/Penal/34180(23-05-12).pdf)

33 "En consecuencia, la incorporación de cláusulas internacionales de derechos humanos que giran en torno a la dignidad del ser humano como universo social y concepto ético, permiten una lectura distinta de los principios del derecho penal tradicional y un mayor nivel de protección penal ante graves atentados contra derechos humanos fundamentales, para no dejar de cumplir por defecto el principio de proporcionalidad. En ese sentido, es posible mantener la tipificación de la conducta y la pena vigente al momento de ejecución de la conducta y el desvalor de la misma pero apreciado en el momento de su persecución penal, con lo cual se articula el principio de legalidad penal tradicional y los cometidos de verdad, justicia y reparación, tan en la base del lenguaje del derecho penal internacional. Desde este punto de vista es posible conferírle a delitos que en el ámbito del derecho penal común se denominan "homicidios" o "lesiones personales", la categoría de delitos de lesa humanidad, tanto más si para la época de su comisión Colombia ya había suscrito tratados que acentúan la sistematicidad y generalidad del ataque como criterios diferenciadores entre un delito común y conductas que en el nivel de la macro criminalidad afectan de manera superlativa los derechos humanos. Claro, porque según lo ha definido la Sala, un delito de homicidio se cataloga crimen de lesa humanidad, no por la gravedad intrínseca que una conducta de tal naturaleza conlleva o por la importancia individual de la víctima, sino por la sistematicidad de su ejecución que en muchos casos devela una compleja operación criminal, que en este caso tuvo como objetivo el grupo político de la Unión Patriótica". Corte Suprema de Justicia, proceso 31118, Decisión del 15 de mayo de 2013.

34 Ley 1719 de 2014, por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal", 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Artículo 15: "Crimen de lesa humanidad como verdad judicial. Se entenderá como "crimen de lesa humanidad" los actos de violencia sexual cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, de conformidad con las definiciones del artículo 7º del Estatuto de Roma y los elementos de los crímenes desarrollados a partir de ese Estatuto. La autoridad judicial competente que adelante la investigación y el juzgamiento, deberá declarar que la(s) conducta(s) por la cual se investiga o juzga es de lesa humanidad, cuando así se establezca".

35 El artículo 29 del Estatuto consagra la imprescriptibilidad de los cuatro crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

36 El artículo 16 de la Ley 1719 de 2014 modifica el inciso segundo del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, así: "El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible". Esta norma resulta contradictoria porque la desaparición forzada, la tortura, el homicidio y el desplazamiento forzado pueden llegar a ser crímenes

en la impunidad. La imprescriptibilidad de estos delitos consagrada por el derecho internacional³⁷ y por el Estatuto de Roma,³⁸ no debe ser el único argumento para realizar tal valoración. Como se acaba de indicar, la argumentación debe probar cada uno de los elementos del crimen como son la existencia de un “ataque”, el carácter “generalizado o sistemático” del ataque, que el ataque esté dirigido contra una “población civil”, que el acto “forme parte” del ataque y que el acto se cometa “con conocimiento de dicho ataque”. La imprescriptibilidad no es un elemento del crimen de lesa humanidad, es una característica de ciertos crímenes internacionales que se predica para la acción penal. Además buena parte de estas decisiones nacionales dejan mucho que desear en su justificación³⁹ y además la calificación no se ha traducido en un avance sustantivo en las investigaciones de los diferentes casos.⁴⁰

También llama la atención, la postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varias de sus decisiones de calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad. Ni la mera pertenencia a un grupo al margen de la ley, ni la concertación para cometer crímenes de lesa humanidad como etapa previa a la tentativa, constituyen lesa humanidad en sí mismos.⁴¹ Vale la pena compartir el salvamento de voto de la Sentencia C – 936 del 23 de noviembre de 2010 de la Corte Constitucional en la que se declara inexecutable el principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, cuando critica la jurisprudencia de

de lesa humanidad y de guerra, entonces no es comprensible la prescripción de 30 años de la primera frase para estos delitos, cuando los crímenes de lesa humanidad y de guerra son imprescriptibles según la segunda frase.

37 Colombia no se ha adherido a la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968.

38 El artículo 29 del Estatuto consagra la imprescriptibilidad de los cuatro crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

39 De los hechos cometidos por el Cartel de Medellín, la Fiscalía General de la Nación ha hecho varios pronunciamientos respecto de la declaratoria de lesa humanidad: el 2 de julio de 2010 la Fiscalía 7ª especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario declaró el homicidio del periodista Guillermo Cano Isaza director del periódico El Espectador ocurrido el 17 de diciembre de 1986 como crimen de lesa humanidad. La Fiscalía 26 especializada de Medellín mediante pronunciamiento del 25 de noviembre de 2009 declaró crímenes de lesa humanidad los comportamientos delictivos cometidos por el Cartel de Medellín que se encuentran unidos bajo el radicado que se adelanta el caso bomba avión de Avianca, la bomba del edificio El Espectador, el secuestro y el homicidio de Luz Marina Montoya de Pérez, Beatriz Villamizar y Maruja Pachón de Villamizar, el secuestro de Andrés Pastrana Arango, el homicidio de Carlos Mauro Hoyos, el homicidio de Antonio Roldan Betancur, el secuestro y homicidio de Diana Turbay. La Fiscalía 8ª especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el 23 de julio de 2012 declaró también como crimen de lesa humanidad el homicidio del Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla perpetrado el 30 de abril de 1984. Aunque esta última decisión está mucho mejor argumentada, es discutible conforme a la jurisprudencia internacional si el Cartel de Medellín puede considerarse un actor no estatal organizado; según la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales la política preestablecida para determinar la existencia de un ataque en los crímenes de lesa humanidad se puede predicar de actores no estatales organizados y da a entender que son elementos muy similares al de los grupos armados no estatales de un conflicto armado y no a los de una organización criminal. Por su parte, la doctrina señala que esa organización no estatal debe tener un control de facto sobre una parte del territorio y que excluiría organizaciones de tipo mafioso. Véase Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

40 Véase “El rastro impune de los crímenes de lesa humanidad”, en El Espectador, jueves 9 de octubre de 2014, pp. 12 y 13. En este artículo periodístico abogados, académicos y víctimas señalan que acudir a la figura de crímenes de lesa humanidad para evitar la impunidad no ha garantizado que se haga justicia.

41 Véase Andreas Forer, Claudia López Díaz, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, GTZ, Bogotá, 2010, pág. 33.

la Corte Suprema de Justicia y señala que la evolución de la categoría del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional, no permite calificar el concierto para delinquir agravado como crimen de lesa humanidad.⁴²

En el salvamento de voto de esa sentencia el magistrado Humberto Sierra Porto ante la pregunta ¿Es el concierto para delinquir agravado un crimen *de lesa humanidad*?, concluye que “en el estado actual del (i) derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el derecho internacional humanitario; y (iii) el derecho penal internacional, la asociación para delinquir (*conspiracy*), no es un crimen de lesa humanidad autónomo, sino una forma de participar en la comisión del mismo”. El único caso en el cual la simple asociación para cometer un delito internacional configura un crimen autónomo es el caso de genocidio. En este sentido es muy ilustrativa la sentencia del caso Musema del 27 de enero de 2000 del Tribunal Penal Internacional de Ruanda que es contundente en señalar que no se puede sancionar a una persona por concertarse para perpetrar un crimen internacional y luego ser sancionado además por la comisión de este.⁴³

1.3. ¿Es el Marco Jurídico para la Paz compatible con el Estatuto de Roma?

Los dos artículos transitorios que crea el Marco Jurídico para la Paz hacen referencia a crímenes que son de competencia de la CPI. El artículo 66 transitorio constitucional señala, entre otras, que una ley estatutaria determinará los “criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”, y el artículo 67 transitorio constitucional dice, entre otras, que “no podrán ser considerados conexos al delito político delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática”. Dichas alusiones no tienen una total armonía con el código penal colombiano y con los estándares internacionales.

a) En primer lugar, como se indicó en el apartado anterior, el Código Penal Colombiano no tipifica los crímenes de lesa humanidad conforme a los elementos del Estatuto de Roma. Hace falta que se apruebe un nuevo título en la parte especial del Código Penal que tipifique varios delitos conforme a los estándares del derecho penal internacional como crímenes de lesa humanidad, así como existe un título II en dicha parte especial que tipifica los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho interna-

42 Véase Corte Constitucional, comunicado No. 59 del 23 de noviembre de 2010.

43 Sobre este particular, en el que se traducen importantes apartes de la sentencia del caso Musema véase, Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, Op., Cit., pp. 539 a 547 y el salvamento de voto del mismo magistrado Sierra Porto. En el mismo sentido se pronuncia el magistrado Mauricio González Cuervo en otro salvamento de voto.

cional humanitario que corresponden a las conductas que son considerados por el derecho internacional como crímenes de guerra.

b) En segundo lugar, los beneficios penales serán para los crímenes de guerra que se cometan de manera sistemática, tal como lo señala el inciso cuarto del artículo 66 constitucional transitorio. Aunque inicialmente pareciera que esta característica es respaldada por el Estatuto de Roma, además que la Corte Constitucional la declaró exequible, dicho requisito no es propio del derecho internacional.⁴⁴

Según el numeral 1º del artículo 8º del Estatuto de Roma, la competencia de la CPI respecto de los crímenes de guerra será “cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Pareciera entonces que se exigen los requisitos de sistematicidad (plan o política) o generalidad (cometidos a gran escala) que se establecen para los crímenes de lesa humanidad. A primera vista no existiría una diferencia sustancial entre ambos crímenes internacionales.

Sin embargo, a esta frase se anteponen las palabras “en particular”. La pregunta es si con estas dos palabras se establece un umbral que restrinja la aplicación del Estatuto⁴⁵, “...o si la desafortunada frase marca la competencia indudable sin rechazar que la Corte pueda conocer de otros supuestos”,⁴⁶ y que pueda ser interpretada como no excluyente.⁴⁷ La expresión “en particular” no excluye lo general y, por tanto, la Corte tendrá competencia para investigar crímenes de guerra únicos o individuales sin que “se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Así lo resolvió la Sala de Cuestiones Preliminares de la propia CPI. Según la Sala, la expresión “en particular” indica claramente que la existencia de un plan, de una política o de la comisión de crímenes a gran escala no se considera como un prerrequisito para que la Corte ejerza su competencia sobre crímenes de guerra, sino que le sirve como una directiva en la materia.⁴⁸ Además, el derecho humanitario no exige ese umbral, y si se establece como un requisito indispensable se estaría reduciendo la

44 El proyecto de Acto Legislativo que modifica el Marco Jurídico para la Paz radicado el 11 de septiembre de 2014 por el representante a la Cámara Samuel Hoyos del partido político Centro Democrático, propone justo eliminar la expresión “cometidos de manera sistemática” del párrafo cuarto del artículo 66 transitorio constitucional.

45 Sylvia Steiner, *Protección penal internacional de las víctimas de la guerra: los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma*, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, Madrid, 2006, p. 46.

46 José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, *El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en José Luis Rodríguez Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., p. 169.

47 Marie-Claude Roberge, *Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma*, citado por Sylvia Steiner, *Protección penal internacional de las víctimas de la guerra: los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma*, en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, ob. cit., p. 46.

48 Corte Penal Internacional, caso “Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo” (situación en República Democrática del Congo), Sala de Cuestiones Preliminares II, providencia del 15 de junio de 2009, párr. 211. Radicado: ICC-01/05-01/08.

competencia de la Corte y hasta se podrían confundir los crímenes de guerra con los de lesa humanidad que sí exige dicho elemento.⁴⁹ Por lo tanto, cualquier hecho aislado o esporádico de violencia que se presente con ocasión y en desarrollo del conflicto armado constituye crimen de guerra.

No obstante, la Corte Constitucional en su sentencia C-579/13, declaró constitucional esa expresión y por tanto no se van a centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables que cometan crímenes de guerra de manera no sistemática.

La Corte realizó una interpretación diferente del artículo 8º del Estatuto de Roma⁵⁰ y le otorga al Marco Jurídico para la Paz “un efecto que no se corresponde con su finalidad”.⁵¹ Tal vez la única interpretación coherente es tener en cuenta dicha calificación solamente como un criterio de selección pero no para caracterizar tales crímenes. Por esta razón, la CPI puede conocer de crímenes de guerra que no obedezcan a un plan o una política, a diferencia de lo que indica el Marco Jurídico para la Paz.⁵²

Lo paradójico es que pueden ser muchos los casos cometidos en Colombia que eventualmente puedan ser calificados como crímenes de guerra no sistemáticos. A continuación se mencionan un par de ejemplos: un caso perpetrado por agentes del Estado y otro por miembros de las FARC, hechos que tienen más la connotación de hechos aislados que no revisten la categoría de sistemáticos y que pueden catalogarse como crímenes de guerra:

La Brigada Móvil 27, atacó el 9 de mayo de 2011, una camioneta de color gris en la que viajaban 16 civiles en la zona rural del municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá). Uno de los 15 heridos murió días después y varios más debieron ser trasladados a la ciudad de Florencia, debido a la gravedad de sus heridas causadas por ráfagas de fusil y granadas que impactaron la camioneta. La Brigada Móvil 27, y sus miembros de la Fuerza de Tarea Conjunta Algeciras (FUTAL), explicaron que el ataque se debió a unos indicios que tenía el ejército sobre la movilización de un grupo de guerrilleros pertenecientes a la columna móvil, “Teófilo Forero” de las FARC.⁵³

49 Véase Marie-Claude Roberge, *Crímenes de guerra*, Gabriel Pablo Valladares, *La participación del Comité Internacional de la Cruz Roja en el proceso de creación de la Corte Penal Internacional*, y Socorro Flores Liera, *La admisibilidad de los casos ante la Corte Penal Internacional*; estos tres artículos en José A. Guevara y Tarcisio del Maso (comps.), *La Corte Penal Internacional: una visión Iberoamericana*, Editorial Porrúa México, Universidad Iberoamericana, México, 2005, pp. 273, 378 y 99 respectivamente.

50 Corte Constitucional, sentencia C-579/13, punto 8.2.3(iii).

51 Gustavo Emilio Cote Barco y Diego Fernando Tarapués Sandino, *El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizada en la sentencia C-579 de 2013*, en Kai Ambos (Coord), *Justicia de transición y Constitución*, análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 253.

52 *Ibíd.*, pp. 253 y 254.

53 Ver al 10 de noviembre de 2014: http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62:colombia-militares-atacaron-qpor-errorq-transporte-de-civiles&catid=35:acciones-urgentes&Itemid=43

Las FARC el 18 marzo de 2014, asesinaron a dos policías que estaban de civil y que habían sido secuestrados días anteriores en el corregimiento de San Luis Robles, municipio de Tumaco (Nariño). De acuerdo con un comunicado de las FARC los guerrilleros se vieron obligados a asesinarlos: “los milicianos que los conducían, acosados por media docena de helicópteros artillados y múltiples patrullas, se vieron obligados a proceder contra ellos, cuidándose de no emplear sus armas de fuego por razones de seguridad”. Según medicina legal, los cuerpos de los policías presentaban “múltiples lesiones repetidas de tipo contundente en diferentes partes del cuerpo, con diferente intensidad, lo que les produjo intenso dolor. Además se encontraron ataduras y no hay duda de signos de tortura en los cuerpos”. “El funcionario reveló que el mayor Germán Méndez Pabón murió como causa de un trauma craneoencefálico severo, y en el caso del patrullero Edílmer Muñoz Ortiz, una herida en el cuello con patrón de degollamiento fue la causa de la muerte.”⁵⁴

c) En tercer lugar, los crímenes de guerra no se consideran conexos al delito político, según el artículo 67 constitucional transitorio. La norma solo alude a los crímenes de genocidio y de lesa humanidad. Según este artículo, avalado por la Corte en su sentencia C-577/14, podrían participar en política personas condenadas por crímenes de guerra. Como se verá más adelante en el apartado de amnistías,⁵⁵ según el estado actual del derecho internacional, un crimen de guerra no puede considerarse como un delito conexo al delito político.

En este sentido, es de resaltar que existen inconsistencias jurídicas en el Marco Jurídico para la Paz en relación con los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Estas tergiversaciones no fueron tenidas en cuenta en las dos sentencias que hasta la fecha la Corte Constitucional ha expedido sobre este Acto Legislativo 01 de 2012. Incluso la sentencia C-579/13, como se verá también posteriormente,⁵⁶ señala que se debe priorizar la investigación de ciertos delitos,⁵⁷ dos de los cuales, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, no se encuentran tipificados en el código penal bajo esos nombres.

Estas observaciones deben ser tenidas en cuenta en las presentes y futuras discusiones tanto en las negociaciones de paz con las organizaciones guerrilleras como en

54 Ver al 10 de noviembre del 2014: <http://www.eluniversal.com.co/colombia/farc-reconocen-asesinato-de-dos-policias-en-tumaco-155026> <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/farc-reconocieron-asesinato-de-policias-tumaco-articulo-482434> <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13682015>

55 Véase supra pp. 64 y ss. En la página 64 se habla sobre amnistías.

56 Véase supra p. 40. La Corte Constitucional en su sentencia C-579/13 señala algunas directrices importantes a efectos de aplicar esos criterios de priorización y selección

57 Las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, las desapariciones forzadas, desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de personas.

los escenarios gubernamentales, legislativos y judiciales. El tratamiento jurídico de los crímenes internacionales, y sobre todo de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra debe hacerse conforme a los estándares internacionales y de conformidad con el principio de legalidad.

1.4. Los crímenes perpetrados en Colombia de eventual competencia de la CPI

Si se compara el contexto colombiano con las definiciones de los cuatro crímenes de competencia de la CPI, los grupos guerrilleros han cometido crímenes de guerra⁵⁸ como de lesa humanidad⁵⁹ pero se puede sostener que sobre todo de guerra puesto que son los crímenes propios de un contexto armado como el que vive el país hace varias décadas y porque son de más fácil configuración que los de lesa humanidad.

En relación con el crimen de genocidio, no es muy factible predicar que en el territorio colombiano o que colombianos hayan cometido actos intencionales después del 1 de noviembre de 2002 con el propósito de destruir de manera total o parcial grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Aunque no se puede descartar a priori la posibilidad de que existan casos que se puedan adecuar a los elementos del crimen de genocidio, el estándar probatorio de este crimen es bastante alto según la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, y sobre todo la prueba del elemento subjetivo del dolo especial es muy exigente en relación con la intención de destrucción de un grupo.

58 Dice la Oficina de la Fiscalía de la CPI, sobre la situación en Colombia, en su reporte de noviembre de 2012: "Asimismo, existe una base razonable para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra, se han cometido por las FARC y el ELN: homicidio, en virtud del artículo 8 (2)(c)(i); ataques dirigidos contra la población civil, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); toma de rehenes, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi); reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en hostilidades, en virtud del artículo 8(2)(e)(vii)". Párr. 6. Ver al 10 de noviembre del 2014: http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/CPI_Informe_Intermedio_Publico_RESUMEN_Fiscalia_sobre_COLOMBIA_Nov12_Esp.pdf El informe de Human Rights Watch sobre las Zonas afrocolombianas asoladas por las señala que "[l]as FARC ejercen un férreo control sobre la vida de numerosos residentes de Tumaco, que son obligados a guardar silencio mientras la guerrilla instala minas en sus campos, los expulsa de sus hogares y mata a sus vecinos y seres queridos con impunidad." El informe habla de 70 víctimas en Tumaco desde 2013 donde los presuntos responsables son las FARC, incluyendo 12 asesinatos. Ver al 10 de noviembre del 2014: <http://www.hrw.org/es/news/2014/07/30/colombia-zonas-afrocolombianas-asoladas-por-las-farc>

59 Dice la Oficina de la Fiscalía de la CPI, sobre la situación en Colombia, en su reporte de noviembre de 2012: "Sobre la base de la información disponible, y sin perjuicio de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existen motivos razonables para creer que desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de lesa humanidad, se han cometido por actores no estatales, a saber las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ("FARC"), el Ejército de Liberación Nacional ("ELN") y grupos paramilitares: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto; traslado forzoso de población, en virtud del artículo 7(1)(d) del Estatuto; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, en virtud del artículo 7(1)(e) del Estatuto; tortura, en virtud del artículo 7(1)(f) del Estatuto; y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 7(1)(g) del Estatuto. Parece que se reúnen los elementos prescritos para cada grupo tomado por separado."Párr. 5. Ver al 10 de noviembre del 2014: http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/CPI_Informe_Intermedio_Publico_RESUMEN_Fiscalia_sobre_COLOMBIA_Nov12_Esp.pdf La Fiscalía General de la Nación adelanta un macro proceso contra alias Karina miembro de las FARC Karina presuntamente responsable de crímenes de lesa humanidad como desplazamiento forzado y desaparición forzada. Ver al 10 de

Existen motivos vinculados con el conflicto armado los que han impulsado a cometer graves violaciones de derechos humanos contra miembros de los pueblos indígenas, pero no es nada fácil demostrar que se han realizado con la intención de destruir a esos grupos étnicos de manera diferenciada. Un ejemplo es el asesinato de miembros del pueblo indígena Awá, que se encuentran localizados en los departamentos de Nariño y Putumayo, ocurridos a partir del año 2002. Según la Corte Constitucional estos asesinatos se deben principalmente por ser acusados de ser guerrilleros o auxiliares de la guerrilla y muchos son reportados como guerrilleros muertos en combate; otras razones son por equivocación o señalamientos infundados, por negarse a colaborar con los grupos armados presentes en sus territorios, por ser señalados de colaborar con alguno de los actores armados, o por intentar huir de los actores armados.⁶⁰ Con la información que se tiene hasta el momento, no es clara que la muerte de los miembros de este pueblo indígena obedezca a la intención de destruir ese grupo étnico.⁶¹

Además, el asesinato de miembros del partido político de la Unión Patriótica que puede constituir genocidio político según el artículo 101 del código penal colombiano, no es uno de los grupos protegidos por la definición internacional y por tanto no sería genocidio a la luz del Estatuto de Roma.⁶² Según los estándares de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales los miembros de la Unión Patriótica no hacen parte de un grupo nacional. Un grupo nacional se define por el conjunto de personas que comparten un vínculo jurídico basado en una ciudadanía común, acompañado de reciprocidad de derechos y deberes.⁶³ Se puede identificar “nacional” con origen nacional, lugar de origen o país de origen.⁶⁴ Por estas razones, el análisis de este documento se centrará en crímenes de lesa humanidad y guerra y no en el crimen de genocidio.

Una inquietud que se presenta con los delitos cometidos en Colombia que pueden ser de eventual competencia de la CPI, es la crítica que se le formula a la Oficina del Fiscal por analizar la situación colombiana bajo el prisma africano.⁶⁵ El sesgo de imputar muchas conductas solamente a las guerrillas,⁶⁶ no estimar algunos crímenes de guerra que

noviembre del 2014: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>

60 Corte Constitucional, Auto 004 de 2009.

61 En el Auto 004 de 2009, la Corte Constitucional incluye un cuadro con 208 violaciones de derechos del pueblo Awá en Nariño donde se señala la fecha, el tipo de violación, el resguardo o comunidad, presunto autor y los afectados.

62 Además, la mayoría de los asesinatos de la Unión Patriótica se perpetraron antes del 1° de noviembre de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma para Colombia.

63 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sentencia de primera instancia contra Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 512 en Prieto Sanjuán, Rafael, *Akayesu, el primer juicio internacional por Genocidio*, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2006 p. 368.

64 Cristina Fernández – Pacheco Estrada, *El genocidio en el derecho penal internacional*, Universidad de Alicante, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 222.

65 Véase por ejemplo Rosmerlin Estupiñán Silva, *Derecho internacional y crímenes de guerra en Colombia*, Op., Cit., pp. 266 y ss.

66 En relación con los procesos en contra de miembros de las guerrillas “[e]l aparato estatal no ahorra esfuerzos en la persecución

se presentan en el conflicto armado, no considerar "la simbiosis de la empresa criminal que se mantiene activa al más alto nivel de los poderes públicos y las fuerzas armadas del Estado",⁶⁷ el análisis descontextualizado del paramilitarismo, la no identificación de un universo mayor de víctimas y la poca importancia que le concede a las decisiones del sistema interamericano, serían muestras de ello.⁶⁸

No todos los eventuales crímenes de guerra o de lesa humanidad perpetrados en Colombia o por colombianos a partir del 1 de noviembre de 2002 pueden ser de competencia de la CPI. Uno de los principales elementos para evaluar la admisibilidad de una situación es la complementariedad,⁶⁹ requisito que se valora además en relación con los delitos más graves⁷⁰ y perpetrados por los máximos responsables.⁷¹ Es decir, estos tres

de estos líderes, inclusive llegando a condenas in absentia. Igualmente, hay varios miembros de las distintas guerrillas cumpliendo penas severas en los establecimientos de reclusión del país. Dada la afectación de bienes jurídicos protegidos por el Estatuto de Roma es comprensible que la Oficina del Fiscal de la CPI (OF-CPI) haga seguimiento a estos procesos. Sin embargo, no debe sorprender que en estos casos, en contra de los enemigos declarados del Estado, la voluntad y la capacidad para investigar, juzgar y castigar sean más que evidentes. "ASFC, El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo "positivo", p. 14.

67 En relación con los procesos en contra de policías y oficiales del Ejército "[e]ntretanto, el avance de estos procesos en Colombia es limitado: la gran mayoría de los casos está en etapas preliminares; su enfoque se concentra en la reconstrucción de la escena del crimen; no se investiga el rol mediato de prácticas y políticas oficiales en la comisión de los delitos; no se explora la existencia de patrones o de sistematicidad; y, se juzga y se condena a los ejecutores materiales y, en algunos casos, a oficiales (por lo general confesos), pero sin que se persigan hipótesis de investigación que vinculen a aquellas personas con el mayor nivel de responsabilidad en estos crímenes. Por la gravedad de estos hechos y porque consideramos que un análisis riguroso de la información disponible conduce a la conclusión de que la competencia de la CPI se encuentra activada y, por lo tanto, la OF-CPI debería abrir una investigación, abordamos el estado procesal de los casos nacionales relevantes en la siguiente sección, destinada exclusivamente a este tema". *Ibid.*, p. 2.

68 *Ibid.*, pp. 267 a 270.

69 La complementariedad no se trata en este documento por lo que no se va abordar si la justicia colombiana tiene voluntad y capacidad para investigar, juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI. Esta Corte es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1) y, por tanto, los Estados tienen el deber inicial de investigar y sancionar los crímenes de su competencia, a menos que éstos no quieran o no puedan (art. 17).

70 El Estatuto de Roma establece el elemento de la "gravedad suficiente" del crimen de que se trate, para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción de conformidad con el artículo 17.1.d). La jurisprudencia de la CPI afirma que no se debe imponer una interpretación excesivamente restrictiva de la gravedad. Al 10 de noviembre del 2014: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183559.pdf> párr. 69-79. El análisis de gravedad depende de consideraciones cuantitativas y cualitativas (Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, "Documento de política general sobre exámenes preliminares", noviembre de 2013, párr. 61).

Al 10 de noviembre del 2014: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013SPA.pdf#search=policy%20preliminary%20examinations>). Son factores que tiene en cuenta la Fiscalía para evaluar la gravedad: la magnitud, la naturaleza, el modo de comisión y el impacto (Corte Penal Internacional, Reglamento de la Oficina de la Fiscalía de 23 de abril de 2009, norma 29 párr 2:

Al 10 de noviembre del 2014: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/FFF97111-ECD6-40B5-9CDA792BCBE1E695/280253/IC-CBD050109ENG.pdf>). La escala o magnitud de los delitos se determina por el número de víctimas, el daño físico o psicológico causado a ellas y la expansión geográfica y temporal del crimen (Corte Penal Internacional, Oficina del Fiscal, "Documento de política general sobre exámenes preliminares", noviembre de 2013, párrafo 62). En la naturaleza de los crímenes se incluyen casos de violencia sexual o de género, violencia contra niños, persecución e imposición de condiciones con el fin de destruir a un grupo (*ibid.*, párrafo 63). El modo de comisión incluye los medios empleados para la comisión del delito, el grado de participación y la intención del responsable, si el delito forma parte de un plan o política, si su comisión se debe a un abuso de poder oficial, los elementos particulares de crueldad y la vulnerabilidad de las víctimas (*ibid.*, párrafo 63). El impacto en las víctimas se determina por el aumento en su estado de vulnerabilidad, el terror generado, el daño social, económico y ambiental en la comunidad (*ibid.*, párrafo 65).

71 Algunos aspectos sobre los máximos responsables son abordados más adelante.

aspectos decantan de manera significativa tanto el número como el tipo de crímenes. Si omitimos el análisis de estos tres aspectos, que se deben hacer de manera muy minuciosa por parte de la Fiscalía de la CPI al momento de abrir una investigación de una situación de país y estructurar unos posibles casos, valdría la pena determinar que hechos pueden ser eventualmente de competencia de la CPI.

La Misión en Colombia de Abogados Sin Fronteras Canadá, presentó varios derechos de petición ante diferentes entidades públicas con el propósito de contar con una información estadística oficial de hechos que pueden ser considerados crímenes de guerra o de lesa humanidad conforme al Estatuto de la CPI.⁷² También se consultaron varias bases de datos de la sociedad civil⁷³ y de la Unidad para la Atención y Reparación a las Víctimas.⁷⁴ Desafortunadamente no toda la información fue suministrada lo que ha impedido hacer un balance objetivo al respecto.

Aunque la ley 1148 de 2011, considera víctimas a quien haya sido sujeto de hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985 y la competencia de la CPI en relación con la situación de Colombia solo cobija hechos perpetrados a partir de del 1° de noviembre de 2002, casi 18 años después de la fecha establecida por la ley de víctimas, el reporte general sobre víctimas que realiza la Unidad de Víctimas del Departamento para la Prosperidad Social de la Presidencia de la República de Colombia, contempla algunos hechos que serían crímenes de eventual competencia de la CPI como serían el homicidio, la desaparición forzada, la tortura, la violencia sexual, el desplazamiento forzado, el secuestro (que si es en razón del conflicto armado constituiría toma de rehenes), la vinculación de niños y adolescentes, (que coincidiría con el reclutamiento forzado) y las víctimas de minas antipersonales (que serían atentados a la integridad y dignidad personal que pueden constituir crímenes de guerra). Aunque no se puede señalar de manera automática que todas las víctimas de estos hechos a partir del 1° de noviembre de 2002 y registrados por la Unidad lo puedan ser de los crímenes de guerra o de lesa humanidad de eventual competencia de la CPI, su número global si es un indicador de que estos crímenes se han cometido con ocasión y en desarrollo del conflicto armado colombiano y que puedan llegar a ser de conocimiento de la CPI.⁷⁵

72 Derecho de petición de ASFC a la Procuraduría General de la Nación del 3 de septiembre de 2014 y ASFC recibió una respuesta mediante oficio No. 003955 del 22 de septiembre de 2014. Derecho de petición de ASFC a la Fiscalía General de la Nación de 3 de septiembre de 2014. Derecho de petición de ASFC al Consejo de Estado de 3 de septiembre de 2014.

73 Centro de Investigación y Educación Popular, CINEP, Banco de datos de derechos humanos y violencia política. Base de datos de la Comisión Colombiana de Juristas.

74 Mediante su herramienta "Visor geográfico de víctimas" Al 10 de noviembre del 2014: <http://vgv.unidadvictimas.gov.co:8080/uvictimas/#>

75 Al 1° de octubre de 2014, fecha en que se consultó la página web las cifras globales son: reporte general sobre víctimas 6'941.505, homicidio 923.656, desaparición forzada 150.841, tortura 9.093, delitos contra la integridad sexual 6.743, desplazamiento 5'964.405, minas antipersonal 11.623, secuestro 36.922 y reclutamiento 7.675. El número de desplazados se explica porque se tienen en cuenta las víctimas que hacen parte del registro único de la población desplazada establecido por la ley 387

Los denominados “falsos positivos”, que son civiles ejecutados de manera extrajudicial por agentes del Estado y que son presentados como guerrilleros muertos en combate, tal vez sean los delitos más obvios perpetrados por los agentes del Estado colombiano a partir del 1 de noviembre de 2002 que pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad.⁷⁶ Se habla de cientos de crímenes cometidos en varias partes del territorio nacional durante varios años que pueden demostrar tanto la sistematicidad como la generalidad, así como una suficiente gravedad. Además comandantes militares y altos funcionarios del Estado estarían involucrados en esa práctica que pretendía generar incentivos al interior de la fuerza pública en la lucha contra las organizaciones guerrilleras.⁷⁷

Los eventuales crímenes de lesa humanidad cometidos a partir del 1 de noviembre de 2002 exigen una configuración de cada uno de los elementos del crimen y de manera particular los requisitos de sistematicidad o generalidad. Habría que analizar si los homicidios, las desapariciones forzadas, las torturas, los actos de violencia sexual y los desplazamientos forzados perpetrados una vez entró en vigor para Colombia el Estatuto de la CPI han sido sistemáticos o generalizados.

Los homicidios y los actos de violencia sexual que se han presentado con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y que han sido perpetrados por los agentes del Estado colombiano y los miembros de las organizaciones guerrilleras a partir del 1 de noviembre de 2009, podrían ser calificados como crímenes de guerra de competencia de la CPI. Habría que agregar la toma de rehenes, el reclutamiento forzado de niñas, niños y adolescentes⁷⁸ y los heridos por minas antipersonales, crímenes perpetrados por miembros de organizaciones guerrilleras.

Como se indicó al comienzo de este apartado, la realización de estos crímenes no es suficiente para que la CPI tenga competencia al respecto, ya que se deben evaluar los criterios de complementariedad, gravedad suficiente y responsabilidad de los superiores. Habría que analizar casos concretos para determinar una posible competencia de la CPI.

de 1997. Al 10 de noviembre de 2014: <http://www.unidadvictimas.gov.co/> (fecha de consulta 7 de noviembre de 2014).

76 Una sentencia de segunda instancia del 30 de julio de 2013 del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmada en Casación por la Corte Suprema de Justicia del 25 de junio de 2014, en el caso de uno de los jóvenes del municipio de Soacha, Cundinamarca, que fue presentado como muerto en combate en el municipio Ocaña, Santander, califica los delitos perpetrados como crímenes de lesa humanidad, ya que fueron varios los jóvenes miembros de la población civil que fueron asesinados de manera sistemática y generalizada. Al 10 de Noviembre del 2014: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2013/08/tribunal-superior-de-cundinamarca-dice.html> La sentencia de casación hace alusión a "la condición de civiles de las víctimas, el número plural de éstas, el plan criminal minuciosamente organizado para darles muerte, la forma como fueron ejecutadas y su perfil semejante, esto último habida cuenta de su condición de jóvenes de sexo masculino, de escasos recursos, bajo estrato social, desempleados y en algunos casos con antecedentes o anotaciones penales, amén de ser oriundos del municipio de Soacha".

77 Sobre el particular puede verse el informe de Abogados sin Fronteras Canadá, *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo positivo*, s.f.

78 Una publicación reciente que hace referencia a este crimen perpetrado por las FARC es: Luis Andrés Fajardo Arturo, *Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

1.5. ¿Pueden Los crímenes de guerra ser considerados crímenes de lesa humanidad?

En vista de la declaración que hizo Colombia del artículo 124 del Estatuto de la CPI⁷⁹ que excluye la competencia de la CPI de los crímenes de guerra perpetrados entre el 1º de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009, es pertinente la pregunta de si los crímenes de guerra perpetrados entre esas fechas tanto por agentes estatales como por miembros de los grupos armados no estatales pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad. Esta inquietud es pertinente puesto que si algunos crímenes de guerra pueden considerarse de lesa humanidad la CPI sería competente y la declaración hecha por Colombia no implicaría que esos delitos queden impunes para la comunidad internacional y no se satisfagan los deberes de investigar esas conductas, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.

Una respuesta afirmativa no es fácil puesto que ambos crímenes son diversos y estipulan conductas que son distintas y de alguna forma se complementan, ya que lo que no regula uno lo estipula el otro. Precisamente por esa razón hay conductas que típicamente son consideradas crímenes de guerra por el derecho humanitario y no han sido estimadas crímenes de lesa humanidad por el derecho internacional, como puede ser el reclutamiento de niñas, niños y adolescentes o la toma de rehenes, por mencionar solo dos crímenes que se han perpetrado durante el conflicto armado colombiano. Además pareciera que los análisis de la Fiscalía de la CPI sobre Colombia estuviesen más centrados en crímenes de lesa humanidad. Por lo menos así lo da a entender el análisis de noviembre de 2012 de la Fiscalía de la CPI al no hacer referencia explícita a conductas que son exclusivamente crímenes de guerra como son el reclutamiento de menores de 18 años y la toma de rehenes. Dice la Fiscalía que, entre otras, el examen preliminar de la situación de Colombia se centra en el desplazamiento forzado, crímenes sexuales y casos de falsos positivos.⁸⁰ Estos tres crímenes pueden ser tanto crímenes de lesa humanidad como de guerra, según los artículos 7º y 8º del Estatuto de Roma.

El literal k) del artículo 7º del Estatuto que se pueden calificar como crímenes de lesa humanidad “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”. A partir de esto ASFC considera que es posible calificar algunos crímenes de

79 Declaración de Colombia con respecto al artículo 124 del Estatuto de Roma al depositar su instrumento de ratificación: "5. El Gobierno de Colombia haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 124 del Estatuto y sujeto a las condiciones establecidas en el mismo, declara que no acepta la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de esos crímenes por nacionales colombianos o en territorio colombiano." Citada en Coalición por la Corte Penal Internacional, Preguntas y Respuestas sobre el Artículo 124 del Estatuto de Roma. Al 10 de noviembre del 2014: http://www.iccnw.org/documents/CICC_Factsheet_Colombia124_spfv.pdf

80 Así lo indica el Análisis de la Fiscalía de la CPI en su Informe sobre la situación de Colombia de noviembre de 2012.

guerra como crímenes de lesa humanidad siempre y cuando se trate de 1) conductas de carácter generalizado o sistemático 2) contra la población civil. Si son crímenes de guerra que no cumplen con esos dos elementos por ejemplo, crímenes que sean aislados o esporádicos o crímenes que sean dirigidos contra bienes protegidos o personas protegidas que no sean población civil, no entrarían en esta alternativa.

Incluso algunos crímenes son equivalentes.⁸¹ De hecho, en algunas sentencias de los tribunales penales internacionales se han condenado a personas que por los mismos hechos han cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad, siempre y cuando las conductas cumplan con los requisitos de cada uno de esos crímenes y se puedan probar los respectivos elementos de cada uno de los delitos.

Determinar qué crímenes de guerra de carácter generalizado o sistemático contra la población civil, perpetrados en Colombia y por colombianos entre el 1 de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009, pueden ser calificados como de lesa humanidad, exige una mayor exigencia de análisis de los elementos cuantitativos y cualitativos. Habría que analizar si los homicidios, las torturas y los actos de violencia sexual cometidos contra civiles en el marco del conflicto armado en este lapso de tiempo son sistemáticos o generalizados.

⁸¹ Por ejemplo el asesinato como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.a.) y matar intencionalmente (art. 8.2.a.i.) y el homicidio (art. 8.2.c.i.) como crímenes de guerra. Otros incluso son idénticos como por ejemplo la tortura como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.f.) y la tortura como crimen de guerra (art. 8.2.a.ii. y art. 8.2.c.i.) o la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada como crímenes de lesa humanidad (art. 7.2.g.) y como crímenes de guerra (art. 8.2.b.xii. y 8.2.d.vi).

Apartado 2

Compatibilidad de los criterios de priorización y selección del Marco Jurídico para la Paz, con la obligación de investigar del Estado colombiano.

La priorización y selección de casos que deben ser investigados por la justicia es una tendencia que viene siendo aplicada desde hace varios años tanto por la justicia internacional como por algunas justicias nacionales. La imposibilidad real de que todos los delitos sean resueltos por la justicia, ha llevado a que se establezcan criterios como los de gravedad, representatividad, mayor impacto, macro criminalidad, entre otros, para impulsar una política de gestión de casos donde se seleccionan y priorizan algunos de ellos. La priorización permite establecer un orden en la investigación y la selección autoriza renunciar a la persecución penal en ciertos casos. Los tribunales penales internacionales, la CPI y otros tribunales nacionales utilizan esta metodología.⁸² Incluso en Colombia, a partir de la aplicación de algunos elementos de priorización y selección en la Ley de Justicia y Paz,⁸³ se elaboraron algunas valoraciones doctrinales críticas sobre el particular⁸⁴ y la Fiscalía General de la Nación con la Directiva 1 de 2012 adoptó unos criterios de priorización de situaciones y casos, Directiva que está reglamentada con una serie de resoluciones y acuerdos.⁸⁵

82 Véase para los casos de Bosnia Herzegovina, de los Tribunales Penales Internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda y de la Corte Penal Internacional, el artículo de Morten Bergsmo y María Paula Saffon *Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿Cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?*, en Kai Ambos (coordinador), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, un estudio comparado*, GIZ, 2011, Bogotá, pp. 23 a 112.

83 El artículo 16ª de la ley 1592 de 2012 que reforma la ley de Justicia y Paz dice: "Criterios de priorización de casos. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, el Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal que tendrán carácter vinculante y serán de público conocimiento. Los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a revelar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. Para estos efectos, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el "Plan Integral de Investigación Priorizada". En 2013 se publicó el Plan de Acción de Casos a Priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz con el objetivo de "adelantar investigaciones contra 16 postulados miembros representantes de los Grupos Armados Organizados al margen de la ley y máximos responsables de los crímenes de sistema, representados en delitos de lesa humanidad, de guerra y contra el D.I.H., perpetrados de manera directa o por los integrantes bajo su mando en cumplimiento de las políticas y directrices trazadas por aquellos".

84 Véase por ejemplo Diego López Medina, *Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz*, en *International Law, Revista colombiana de derecho internacional*, No. 17, julio – diciembre de 2010, pp. 63 a 86. Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional*, estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia, GTZ, Editorial Temis, 2010, Bogotá Kai Ambos (coordinador), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, un estudio comparado*. GIZ, 2011, Bogotá,

85 Resolución 1810 del 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se crea la Unidad de análisis y contextos; Resolución 1811 del 4 de octubre de 2012, por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de priorización de situaciones y casos en la Fiscalía General de la Nación, Resolución 1 del 15 de enero de 2013 y Resolución 2 del 25 de junio de 2013, por medio de las cuales se

Desbordaría el propósito de este documento hacer un análisis de los criterios establecidos por el derecho penal internacional o por la propia Fiscalía General de la Nación.⁸⁶ Simplemente se quieren formular algunos comentarios en relación a cómo se debería abordar esta temática a partir del Marco Jurídico para la Paz en clave de la CPI.⁸⁷

El cuarto inciso del artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2012 establece que:

“[t]anto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; ... La Ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”.

La Corte Constitucional en su sentencia C-579/13 señala algunas directrices importantes a efectos de aplicar esos criterios de priorización y selección. Se quieren destacar los tres siguientes:

ordena la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización y ejecución del nuevo sistema de investigación, Acuerdo 1 de enero de 2013, con el cual se expide el reglamento interno del Comité de priorización de situaciones y casos.

86 De manera sencilla así describe la propia página web de la Fiscalía General de la Nación los criterios de priorización de casos: "1. Subjetivo: Toma en consideración las calidades particulares de la víctima (integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, funcionario judicial, periodista, sindicalista, etc.), así como la caracterización del victimario (máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen, etc.) 2. Objetivo: Parte de analizar la clase del delito perpetrado, así como su gravedad y representatividad en términos de (i) afectación de los derechos fundamentales de las víctimas en particular y de la comunidad en general; y (ii) modalidad de comisión del delito. 3. Complementario: Existen diversos criterios complementarios tales como: región, localidad donde se perpetraron los crímenes; riqueza probatoria y viabilidad del caso; el examen del caso por un órgano internacional de protección de los derechos humanos y su riqueza didáctica, entre otros. Al 10 de noviembre del 2014: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/criterios-de-priorizacion/>

87 En el Informe preliminar de 2012 de la OF-CPI sobre Colombia, se dice lo siguiente sobre la Directiva 0001 de 2012 de la Fiscalía: "205. Por lo tanto, aunque la Fiscalía celebra la adopción de una política nacional para dar prioridad a la investigación y el procesamiento de casos contra los máximos responsables de los crímenes más graves, vería con preocupación toda medida que pareciera diseñada para proteger u obstaculizar el establecimiento de la responsabilidad penal de personas por crímenes de competencia de la Corte. Incluso cuando se tratara de infractores de rango aparentemente menor, las actuaciones en torno a la presunta comisión de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad deben garantizar el máximo nivel de conocimientos posible sobre los crímenes específicos cometidos por cada acusado, ya que esa información podría resultar muy útil para reconstruir la conducta operacional de cada grupo, así como las líneas de mando interno. No examinar esa información podría afectar negativamente los esfuerzos de un Estado de llevar a cabo actuaciones auténticas respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves. Además, teniendo en cuenta el preámbulo del Estatuto, la Fiscalía considera que los esfuerzos realizados para hacer frente a la criminalidad en gran escala, por grande que sea el desafío, contribuirán más eficazmente a prevenir futuros crímenes si se revela toda la verdad posible acerca de la misma". Al 10 de noviembre del 2014: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivoDelReporteIntermed.PDF>

En primer lugar, en todo caso, los criterios de selección y priorización deben salvaguardar los derechos de las víctimas y se debe otorgar a todas ellas como mínimo las siguientes garantías: (i) transparencia del proceso de selección y priorización, (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación, (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso, (iv) asesoría especializada, (v) su derecho a la verdad, el cual en el evento de que su caso no haya sido priorizado se deberá garantizar a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales, (vi) su derecho a la reparación, (vii) su derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares.⁸⁸

En segundo lugar, para que procedan los criterios de selección y priorización, el Estado debe exigir al grupo armado al margen de la ley una contribución efectiva y real al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, la liberación de todos los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.⁸⁹

En tercer lugar, la obligación de priorización de los delitos de las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, las desapariciones forzadas, desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de personas, cometidos a través de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio.⁹⁰

En relación con lo indicado por la Corte Constitucional de priorizar esos siete delitos, es importante señalar que ese listado no puede entenderse como taxativo, sobre todo porque cuando se señalan de manera muy puntual unas violaciones y se dejan por fuera otras, se estarían estableciendo jerarquías y graduaciones entre los delitos que no son nada compatibles con los estándares de los derechos humanos. Toda violación de derechos humanos es igual de grave y por ende amerita una investigación adecuada y eficaz por los aparatos de justicia. De allí que debe tenerse mucho cuidado cuando a futuro en la ley estatutaria del Marco Jurídico para la Paz, se consagren criterios sobre el particular. Además en el código penal colombiano no se encuentran tipificados delitos bajo el *nomen iuris* de ejecuciones extrajudiciales y violencia sexual en el conflicto armado, como los califica la Corte Constitucional en su sentencia C-579/13.⁹¹

88 Corte Constitucional, sentencia C-579/13, punto 8.4.2.

89 Corte Constitucional, sentencia C-579/13, punto 8.4.5.

90 Corte Constitucional, sentencia C-579/13, punto 8.4.4.

91 La ley 1719 de 2014 se aplica en especial a la violencia sexual asociada al conflicto armado interno (art. 1º) y crea nuevos tipos penales sobre todo del Título II de la parte especial sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, como son acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años, actos sexuales con persona protegida menor de catorce años, prostitución forzada en persona protegida, esclavitud sexual en persona protegida, trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, esterilización forzada en persona protegida, embarazo forzado en persona protegida, desnudez forzada en persona protegida, aborto forzado en persona protegida.

Los siete delitos a priorizar señalados están contemplados como crímenes de lesa humanidad y de guerra por el Estatuto de Roma. Cuando se reglamente la ley estatutaria de manera previa se debe hacer una valoración de otras conductas distintas a estos siete delitos que estén consagrados en el Estatuto y que ameriten una priorización, ya que por ejemplo las privaciones graves de la libertad o la toma de rehenes, pueden ser otros delitos que lo ameriten. Es decir, esos siete delitos no son taxativos y deben ser un punto de partida para la futura reglamentación de este aspecto.

Llama la atención que la sentencia de la Corte Constitucional no tuviera en cuenta en su fallo la estrategia de priorización y selección que viene adelantando la Fiscalía General de la Nación. La Corte sobre todo señala en su sentencia cuáles son las justificaciones para adoptar criterios de priorización y selección.⁹² De ahí que la ley estatutaria que se expida con base en el Marco Jurídico para la Paz deba hacer una evaluación a fondo tanto de los resultados arrojados por la Ley de Justicia y Paz como de la estrategia que viene impulsando la Fiscalía General de la Nación. Además, aunque no se pueden importar de manera exacta los criterios que sobre priorización y selección vienen aplicando los tribunales penales internacionales y la CPI, éstos sí se deben tener en cuenta, así como sus lecturas críticas, en el momento de aprobar la ley estatutaria. Sobre todo, se deben examinar los criterios formulados por la CPI para evitar la eventual competencia de este organismo. Si la ley estatutaria o su consecuente reglamentación omiten algunas de las pautas dadas por la CPI, se estarían dando argumentos para un posible examen por parte de la Fiscalía de ese tribunal.

En el Marco Jurídico para la Paz los criterios de selección y priorización van dirigidos a los máximos responsables y sería precisamente para los crímenes de competencia de la CPI, con la salvedad anotada que el Acto Legislativo hace referencia a crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Aunque los organismos del sistema interamericano de derechos humanos no han formulado críticas a la priorización de casos de graves violaciones de derechos humanos,⁹³ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su último informe sobre Colombia sí ha señalado serias preocupaciones con los criterios de selección:

92 Corte Constitucional, sentencia C-579/13, punto 8.2.2.

93 "... se pueden diseñar pautas específicas para el tratamiento de los responsables de las más graves violaciones abriendo el camino, por ejemplo, de priorizar los casos más graves como ruta de manejo de una problemática en la que podrían ser, en teoría, muchos miles los procesados y atender los casos de menor gravedad a través de otros mecanismos". Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs El Salvador, sentencia del 25 de octubre de 2012, voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 29.

... la Comisión observa con preocupación que el Marco Jurídico para la Paz contempla la posibilidad de renunciar a la investigación de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH que no sean seleccionados, circunstancia que llevaría a la impunidad. Tomando en consideración que el deber de investigar y juzgar casos de graves violaciones de derechos humanos es irrenunciable, la selección y ausencia de investigación de esos casos plantea incompatibilidades con las obligaciones internacionales del Estado.⁹⁴

No debe olvidarse que estos criterios deben aplicarse en un sentido restrictivo como una excepción, ya que la regla general debe ser la investigación y sanción de todos los delitos, y en ningún momento pueden relativizar o minimizar el debido proceso.⁹⁵ El deber de garantía que tiene el Estado de luchar contra la impunidad se traduce en investigar las violaciones de derechos humanos, sancionar a sus presuntos responsables y reparar a las víctimas. “La priorización debe ejercer a su vez un papel pedagógico en el sentido de delimitar no solo los casos importantes sino, a su vez, orientar el trabajo de fiscales fijando pautas metodológicas y de coordinación interinstitucional”.⁹⁶

94 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 31 de diciembre de 2013, párr. 354. Dice el párrafo 347 del mismo informe: Al finalizar su visita, la Comisión expresó serias preocupaciones sobre el proyecto [del Marco Jurídico para la Paz] en cuanto a sus efectos en materia de acceso a la justicia e indicó que: “[e]n relación con los principios acogidos en la reforma, el concepto de priorización sería en principio consistente con la importancia y necesidad de lograr el establecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes más importantes. Sin embargo, la CIDH encuentra preocupante el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto a que serían incompatibles con las obligaciones del Estado. El sistema interamericano de derechos humanos ha dicho reiteradamente que las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la protección y las garantías judiciales para lograr la investigación y procesamiento penal de los perpetradores en la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia del sistema interamericano señala además que la obligación de asegurar la protección judicial necesaria para proteger derechos fundamentales no se encuentra sujeta a suspensión, aún en tiempos de guerra”.

95 John E Zuluaga T., *Alcance del artículo 1º inciso 4º del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal*, en Kai Ambos (Coord), *Justicia de transición y Constitución*, análisis de la sentencia C – 579 de 2013 de la Corte Constitucional, Op., Cit., pp. 182 y 187.

96 *Ibíd.*, p. 179.

Apartado 3

Ventana abierta a la impunidad: Reforma al fuero penal militar y crímenes internacionales

Desde hace varios años, se vienen impulsando propuestas que buscan limitar la competencia de la justicia ordinaria para investigar y juzgar las violaciones de derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario perpetradas por militares. Con el proyecto de Acto Legislativo No. 192/2012 por el cual se reformaban los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución, se pretendía excluir solo ciertos delitos de competencia de la justicia penal militar: crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, tortura, violación sexual, ejecución extrajudicial y desplazamiento forzado. Todos los otros delitos que eventualmente pudiesen cometer militares o policías colombianos, que a todas luces son infracciones graves del derecho humanitario o crímenes de guerra, serían de competencia de la jurisdicción penal militar, lo que no era compatible con los estándares internacionales e iba en contravía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que limita el fuero militar a actos propios del servicio.⁹⁷ “Equiparar los crímenes de guerra o las infracciones al Derecho Internacional Humanitario al delito estrictamente militar o al ‘delito de función’ no tiene, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, ninguna lógica jurídica ni fundamento conceptual”.⁹⁸ Este Acto Legislativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por vicios de forma en su tramitación en la sentencia C - 740/13 del 23 de octubre de 2013.

No obstante lo anterior actualmente cursan en el Congreso de la República tres proyectos de Acto Legislativo y dos proyectos de ley que van por la misma dirección de fortalecer el fuero militar en casos de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario.

97 Las sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000 y C-533 de 2008, son claras en señalar que las violaciones de derechos humanos y las infracciones al derecho humanitario no constituyen actos del servicio y por lo tanto no pueden ser de competencia de la jurisdicción militar sino de la jurisdicción penal ordinaria.

98 Federico Andreu Guzmán, *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011, p. 110.

El proyecto de ley 085 de 2013 que reestructura la justicia penal militar⁹⁹ fue presentado con el argumento de poner a tono la jurisdicción penal militar con el sistema acusatorio. En materia de cuáles son los delitos competencia de esta jurisdicción, revive las mismas problemáticas del anterior Acto Legislativo declarado inexecutable por la Corte Constitucional al asignar a los juzgados penales militares o policiales de conocimiento especializado, el conocimiento de los homicidios y de las infracciones contra el derecho internacional humanitario (numerales 1º y 2º del artículo 8º del proyecto).

El proyecto de ley 129 de 2014 Cámara “por la cual se establecen reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades, se tipifican algunas conductas y se dictan otras disposiciones”. “[T]iene como propósito volver el derecho internacional humanitario el parámetro legal aplicable para los miembros de la fuerza pública y, por lo tanto, sobre el que se debe basar el juicio de reproche penal que se pueda dirigir contra ellos”.¹⁰⁰

El proyecto de Acto Legislativo Nro. 010 de 2014 Senado “por el cual se reforma el artículo 221 y se adicionan los artículos 221 A y 221 B y se modifica el artículo 277 de la Constitución Política”, fue presentado por la senadora Thania de Plazas¹⁰¹ del partido político Centro Democrático. El proyecto propone como párrafo 2º del artículo 221 constitucional que “las conductas constitutivas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario atribuidas a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de operaciones militares u operativos policiales serán investigadas y juzgadas por las cortes marciales y tribunales militares”.

El proyecto de Acto Legislativo 017 Senado de 2014, presentado por el partido político Centro Democrático, liderado por el ex presidente Álvaro Uribe Vélez, busca crear un Tribunal Nacional pro t mpore para la fuerza pública que sesionará durante doce años y tendría como función principal, a solicitud de la parte interesada, la de revisar, en única instancia, las sentencias condenatorias proferidas por los tribunales ordinarios contra los miembros de la Fuerza Pública, por eventuales delitos cometidos en servicio activo y con ocasión del mismo, a partir del 1º de enero de 1980. También sería la instancia de cierre de los procesos actualmente en curso por esos delitos. Sus sentencias serían

99 Proyecto de Ley 85 de 2013, por la cual se reestructura la justicia penal militar o policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la jurisdicción especializada y se dictan otras disposiciones.

100 Comisión Colombiana de Juristas, *Tres proyectos distintos para una impunidad verdadera: la ampliación del fuero penal militar*, Bogotá, 2014, p. 4. Ver al 10 de noviembre de 2014: http://www.coljuristas.org/documentos/pronunciamientos/pro_2014-10-22.pdf

101 Esposa del coronel (r) Alfonso Plazas Vega, quien fue condenado a 30 años de prisión por la desaparición forzada de varias personas en la toma del Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985.

inapelables. Los miembros de la fuerza pública que en la actualidad estén condenados por dichos delitos recibirían temporalmente el beneficio de detención domiciliaria, mientras se pronuncia dicho Tribunal Nacional.

Finalmente, el proyecto de Acto Legislativo 022 de 214 presentado por el partido político Centro Democrático, busca delimitar lo que se entiende por "en relación con el mismo servicio", con el fin de garantizar el respeto al fuero integral militar (penal, disciplinario y penitenciario), establecido en la Constitución Política de Colombia en el artículo 221. Propone una reforma muy similar al proyecto de Acto Legislativo 010, incluyendo una propuesta idéntica del párrafo 2º del artículo como la fórmula de ese proyecto.

Tanto la jurisprudencia colombiana como el derecho internacional de los derechos humanos han señalado en repetidas ocasiones, que la justicia penal militar no es la competente para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario puesto que esa obligación le compete es a la justicia ordinaria. Así lo ha establecido la Corte Constitucional en sus sentencias C-358 de 1997,¹⁰² C-878 del de 2000,¹⁰³ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,¹⁰⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁰⁵ el Alto Comisionado de las Naciones

102 A partir de la Sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional se determinan los alcances de la expresión "con ocasión del servicio o por causas de éste o de funciones inherentes a su cargo", al señalar que las violaciones de derechos humanos y las infracciones al derecho humanitario no constituyen actos del servicio.

103 "...los delitos relacionados con el servicio, son aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando los mismos se deriven directamente del ejercicio de la función militar o policial que la Constitución les ha asignado.... el ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar está determinado esencialmente por la relación directa entre el delito cometido por el miembro de la fuerza pública y las funciones asignadas por la Constitución a ésta. Si existe este vínculo, la competencia estará radicada en la jurisdicción especial. Al interpretarse en esta forma el artículo 2 de la ley 522 de 1999, el objeto, finalidad y excepcionalidad del fuero militar podrá garantizarse". Corte Constitucional, Sentencia C-878 del 12 de julio de 2000. "Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado" (artículo 2 de la Ley 522 de 1999). "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia". (Artículo 3 de la Ley 522 de 1999. En la sentencia C-878 del 12 de julio de 2000, la Corte Constitucional expresó que el artículo era exequible, pero que se debía interpretar: "...en el entendido que los delitos en él enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial".

104 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el caso de Hildegard María Feldman de septiembre de 1995, decidió: "Recomendar al Estado colombiano adecuar su legislación interna a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de modo que el juzgamiento de agentes del Estado involucrados en violaciones a los derechos humanos sea hecho por jueces ordinarios y no por jueces penales militares, a fin de garantizar a las víctimas la independencia e imparcialidad de los tribunales que resolverán sus causas".

105 La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre este punto. En el caso Durand y Ugarte afirmó: "En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerza militares. Así (...) sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar". Caso Durand y Ugarte, 2000, párr. 117; Ver también Caso 19 comerciantes, 2004, Caso Masacre de Mapiripán, 2005 y Caso Masacre de Pueblo Bello, 2006.

Unidas para los Derechos Humanos¹⁰⁶ y así lo establece también el conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, adoptados por la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.¹⁰⁷ También Abogados Sin Fronteras Canadá, se ha manifestado sobre el particular.¹⁰⁸ El fuero penal militar es excepcional y restringido y no es propio de su naturaleza la de investigar y juzgar tales crímenes.¹⁰⁹ Sobre estas iniciativas que actualmente cursan en el Congreso se han pronunciado organismos intergubernamentales de derechos humanos¹¹⁰ y organismos no gubernamentales de derechos humanos¹¹¹ señalando las incongruencias de dichas propuestas con los estándares internacionales de derechos humanos.

Lo que preocupa es que en estos últimos años, algunas violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario han sido de conocimiento de la justicia penal militar.¹¹² Esta situación se ha visto respaldada por alguna de la

106 La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha referido al tema en varios de sus informes anuales sobre la situación de derechos humanos de Colombia. En su informe del año 2006, la Alta Comisionada reiteró que: "las violaciones de los derechos humanos y las infracciones del derecho internacional humanitario deben ser investigadas y juzgadas por la jurisdicción ordinaria" párr. 126. Ver también, informe de 1998, párr. 195; informe de 1999, párr. 174; informe de 2000, párr. 193; informe de 2001, párr. 277; informe de 2003, párr. 123; informe de 2004, párr. 147; informe de 2005, recomendación 19.

107 El conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2005/102/Add.1), establece en el Principio 29 sobre las restricciones a la competencia de los tribunales militares, que "La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado".

108 El 8 de mayo de 2013 Abogados sin Fronteras Canadá presentó un *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia con respecto a la demanda contra el Acto Legislativo 02 de diciembre 27 de 2012 por el cual se pretendía reformar los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia. En dicho *amicus* se concluye que: "ASFC recomienda al Estado colombiano adherir a los estándares internacionales en materia de fuero militar y que lo limite a delitos e infracciones cometidos por miembros activos de la Fuerza Pública relacionados con bienes jurídicos estrictamente del orden militar, como son aspectos disciplinarios o relacionados con principios estructurales y procesales, y que en ningún caso lo utilice cuando existan víctimas civiles. En este último caso siempre debe ser de competencia inmediata de la justicia ordinaria por tratarse de asuntos que escapan a la competencia estricta de la Justicia Penal Militar." Al 10 de noviembre del 2014: http://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_130507-asfc-amicus-fpm-pdf-48.pdf También el 26 de agosto de 2014, la Jefa de la Misión de ASFC en Colombia hizo una intervención sobre el particular en la Cámara de Representantes en un debate sobre la Ley 210/085 que pretende reestructurar el fuero penal militar en Colombia.

109 Una de las últimas decisiones al respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la del Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en particular los párrafos 260 a 314.

110 La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, tiene dos documentos de análisis: uno de Observaciones a los proyectos de Acto Legislativo No. 010 y 022 de 2014 Senado y otro de Observaciones al proyecto de ley 085 de 2013 y el Representante de dicha Oficina en Colombia le dirigió una Carta a la Comisión Primera del Senado el 28 de octubre de 2014.

111 Comisión Colombiana de Juristas, *Tres proyectos distintos para una impunidad verdadera: la ampliación del fuero penal militar*, 2 de octubre de 2014.

112 Fiscalía General de la Nación, respuesta Oficio 20147770004746 de 23 de agosto de 2014. En este documento, con respecto a la pregunta sobre cuántos casos de graves violaciones de los derechos humanos (se incluye en la pregunta homicidio, desaparición forzada, violencia sexual y concierto para delinquir) con presunta responsabilidad de miembros de fuerza pública ha remitido de oficio la Fiscalía y por fallo de colisión de competencias de 2010 hasta la fecha a la justicia penal militar, se informa que

jurisprudencia de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que cuando ha resuelto colisiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar ha determinado que es competente la segunda.¹¹³ Aunque este organismo judicial en fallos recientes viene reversado esa doctrina,¹¹⁴ todavía la justicia castrense conoce de casos de violaciones de derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario.

En la medida que la justicia penal militar continúe conociendo de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos a partir del 1º de noviembre de 2002 por miembros de la fuerza pública y estos sean absueltos o dichas investigaciones queden en la impunidad, se le está abriendo una posibilidad de intervención a la CPI. Tal vez los casos que de manera eufemística se conocen como "falsos positivos", que son civiles ejecutados extrajudicialmente y que son presentados como guerrilleros muertos en combate por la fuerza pública, son el ejemplo más ilustrativo.¹¹⁵ Se podría estar activando la complementariedad de la CPI establecida en el artículo 17 del Estatuto por falta de voluntad del Estado ante la ausencia de independencia e imparcialidad en la administración de justicia.

ocho procesos fueron remitidos por la decisión de fiscales, al considerar que los hechos de materia de investigación son competencia de la jurisdicción castrense. Por decisión del Consejo Superior de la Judicatura se han enviado 25 procesos la Justicia Penal Militar.

113 Por ejemplo la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en una decisión del 22 de agosto de 2013 con ponencia del Magistrado Pedro Alonso Zanabria le otorgó la competencia a la Justicia Penal Militar de la muerte de Oscar Alexander Tejada, Germán Leal Pérez y Octavio David Bilbao Becerra, ocurrida el 16 de enero de 2008 en la vereda El Reposo del municipio de El Copey. Todo indica que estas tres personas fueron ejecutados extrajudicialmente y fueron presentados como guerrilleros muertos en combate.

114 La sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 6 de agosto de 2013 con ponencia del magistrado Henry Villarraga Oliveros le asignó a la Justicia Penal Militar la competencia para conocer la investigación contra el Teniente Coronel Carlos Alfonso Suárez Ortiz por la muerte de dos personas el 2 de septiembre de 2007 en Chinchiná (Caldas) en un supuesto combate con miembros de la fuerza pública. La misma sala con ponencia de Néstor Iván Javier Osuna Patiño en sentencia de tutela del 8 de mayo de 2014 adjudica el conocimiento del caso a la justicia ordinaria. La sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 5 de mayo de 2014 con ponencia de Néstor Iván Javier Osuna Patiño resolvió a favor de la justicia ordinaria el conflicto de jurisdicciones entre la Fiscalía 37 Especializada de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario con sede en Medellín y la Fiscalía 92 de Instrucción Penal Militar, respecto del proceso penal que tramita esta última contra Miguel Andrés Arroyave Melchor y Oscar Ollage Eles, integrantes del Batallón de Infantería No 42, Batalla de Bomboná, por la muerte de Sergio Andrés Guerra Suárez, ocurrida el 18 de septiembre de 2007 en Puerto Berrío, Antioquia.

115 Sobre el particular puede verse el informe de Abogados sin Fronteras Canadá, *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo positivo*, s.f. Varias decisiones recientes de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura vienen asignando a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de estos casos. Algunos ejemplos son las sentencias de 30 de abril de 2014 Radicación no: 110010102000201302669 00, de 11 de junio de 2008 Radicación no: 110010102000201302814 00, de 18 de junio de 2014 Radicación no: 110010102000201302758 00, de 18 de junio de 2014 Radicación no: 110010102000201302817 00, todas con ponencia del magistrado Néstor Iván Javier Osuna Patiño. A modo de ilustración sobre el razonamiento de estas sentencias, en la primera de ellas se señala: "A partir de la presentación del material probatorio que respalda cada una de las versiones de los hechos, la Sala observa que en el presente caso la relación del delito con el servicio no surge de manera nitida ni clara, con base en el conjunto de pruebas que obran en el expediente. En efecto, no puede hablarse de claridad ni de nitidez de la relación del delito con el servicio cuando desde las primeras etapas del proceso se han presentado dos versiones encontradas sobre los hechos materia de investigación. Esta situación, por el contrario, hace surgir una duda razonable sobre la relación del delito con el servicio y, en consecuencia, sobre la configuración de la excepción a la regla general de que la jurisdicción ordinaria es el juez natural para la investigación y sanción de los delitos".

Por esta razón, propuestas como los proyectos de ley 085 de 2013 y 129 de 2014 y las propuestas de actos legislativos de la bancada legislativa del Centro Democrático no hacen otra cosa que llamar la atención de la Fiscalía de la CPI. Por un lado, el proyecto de Acto Legislativo 017 de 2014 del Centro Democrático al pretende crear tribunales especiales para revisar condenas de la justicia ordinaria -que no son otras que casos de violaciones de derechos humanos perpetrados por militares- lo que hace es desconocer la legitimidad de esa jurisdicción para investigar y juzgar esos delitos, legitimidad que como se acaba de ver es respaldada por los estándares internacionales. Por el otro, los proyectos de ley y los otros dos proyectos del Centro Democrático, buscan que la justicia penal militar tenga la competencia para investigar y juzgar las infracciones al derecho internacional humanitario,¹¹⁶ cuestión que tampoco se compadece con el derecho internacional. Si esas propuestas fuesen aprobadas, se estaría muy cerca de activar la competencia de la CPI para establecer responsabilidades individuales, o del sistema interamericano para establecer responsabilidades estatales, además de la jurisdicción universal, ya que a nivel interno las víctimas se quedarían sin acceso a la justicia.

116 Con base en una revisión realizada por ASFC de los casos del banco de datos de derechos humanos y violencia política del CINEP (Centro de Investigación y Educación Popular), un mes después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma en Colombia, se han perpetrado cerca de 3500 casos de las siguientes seis infracciones graves al derecho internacional humanitario perpetradas por miembros de la armada, ejército, fuerza aérea, fuerza pública, gaula (grupo antisequestro y antiextorsión de la policía nacional), policía, sijin (cuerpo técnico de la policía nacional): 1425 personas protegidas heridas, 88 heridos por métodos y medios de guerra ilícitos, 1223 personas protegidas muertas por homicidio, 18 muertos por métodos y medios de guerra ilícitos, 626 torturados y 54 víctimas de violencia sexual:

Año	Personas protegidas heridas	Heridos por métodos y medios de guerra ilícitos	Personas protegidas muertas por homicidio	Muertos por métodos y medios de guerra ilícitos	Torturados	Víctimas de violencia sexual
2003	65	4	134	2	42	4
2004	84	6	164	6	98	15
2005	92	17	156	3	113	5
2006	345	0	169	1	84	2
2007	103	7	293	0	137	6
2008	267	24	169	1	31	3
2009	26	10	41	0	21	3
2010	24	8	19	3	28	6
2011	37	9	22	0	11	2
2012	58	3	20	2	7	1
2013	324	0	36	0	54	7

Apartado 4

El papel de una Comisión de la Verdad frente a eventuales crímenes de competencia de la CPI

Las comisiones de verdad son uno de los mecanismos restaurativos con que cuenta la justicia transicional para abordar los crímenes del pasado. En los países que tras un pasado de violencia transitan hacia la paz y/o la democracia, se impone esclarecer lo ocurrido, satisfaciendo de manera particular los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Las comisiones de verdad permiten abordar el derecho a la verdad, el deber de recordar y el derecho de las víctimas a saber. El derecho a la verdad es un derecho individual que asiste tanto a las víctimas como a sus familiares, pero también tiene una dimensión colectiva, ya que la sociedad tiene derecho a conocer la verdad sobre los acontecimientos del pasado que se refieren a la perpetración de crímenes aberrantes, así como sobre las circunstancias y los motivos por los que se realizaron, a fin de evitar que se repitan en el futuro. Según Priscilla Heyner, las comisiones de verdad pueden contribuir a alcanzar algunos de estos objetivos: “descubrir, clarificar y reconocer formalmente abusos del pasado; responder a necesidades concretas de las víctimas; contribuir la justicia y al rendimiento de cuentas; hacer un esbozo de la responsabilidad institucional y recomendar reformas, y alentar la reconciliación y reducir los conflictos en torno al pasado”.¹¹⁷

En su discurso de aceptación del premio Nobel, Aleksandr Solzhenitsin abordó las interrelaciones de violencia y mentiras:

La violencia no existe y no puede existir por sí sola: está invariablemente entrelazada con la *mentira*. Están vinculadas del modo más íntimo, orgánico y profundo: la violencia no puede ocultarse detrás de nada excepto las mentiras, y las mentiras no tienen nada que las sostenga salvo la violencia. Cualquiera que haya proclamado alguna vez la violencia como *método* debe elegir inexorablemente la mentira como su *principio*. En sus comienzos la violencia actúa abiertamente e incluso se enorgullece de sí misma. Pero tan pronto como cobra fuerza y se insta firmemente... ya no puede existir sin ocultarse en una neblina de mentiras.¹¹⁸

¹¹⁷ Priscilla Hayner, *Verdades innombrables, el reto de las comisiones de verdad*, Fondo de Cultura Económica, 2008, México p. 54.

¹¹⁸ Citado por J.M. Coetzee, *Censura y polémica: Solzhenitsin*, en J.M. Coetzee, *Contra la censura, ensayos sobre la pasión por silenciar*, Editorial Debate, 2007, Barcelona, p. 175.

Una comisión de verdad sólo puede aspirar a reducir el número de mentiras que circulan sin que nadie las desmienta, a cambiar el marco público del discurso y la memoria, pero nadie las puede acusar de fracaso porque no hayan cambiado las conductas y las instituciones. No es su función. El pasado es siempre una discusión y la función de estas comisiones, consiste en purificarla para disminuir el porcentaje de mentiras permisibles.¹¹⁹

Si como Hannah Arendt dijo, el primer acto del totalitarismo es matar el impulso legal de los ciudadanos, parte de la función que tienen instituciones de las transiciones como las comisiones de la verdad es revivir ese impulso. Un importante impedimento para la resurrección de ese impulso legal ha sido la histórica incapacidad del sistema judicial para encausar a los responsables de las violaciones de derechos humanos.¹²⁰

Las relaciones entre la verdad y la justicia son interdependientes e indivisibles. Si no hay verdad no se da la justicia y cuando falta la justicia, la verdad se niega fácilmente. El escritor Yosef Yerushalmi decía que es posible que el antónimo del olvido no sea la memoria sino la justicia. Justo ahora que se está en un proceso de paz es muy esclarecedora la afirmación de Norberto Bobbio, que consiste en que la mejor alternativa frente a la guerra no es la paz sino la justicia, pues según ésta, la victoria es de quien tiene la razón, mientras que según aquella la razón es de quien tiene la victoria.¹²¹

Sin embargo, las comisiones de verdad no sustituyen a la justicia. El deber de garantía en materia de justicia siempre está en cabeza del Estado y no puede ser delegado o transferido a ningún otro ente. Las comisiones de verdad se convierten en un uno de los mejores aliados de la justicia, ya que contribuyen a esclarecer muchos hechos donde la justicia no ha llegado y de esa manera la complementan. El Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas,¹²² señala en su principio 8º sobre la delimitación del mandato de una comisión de verdad que:

[P]ara evitar los conflictos de competencia se debe definir claramente el mandato de la comisión, que debe estar de acuerdo con el principio de que la finalidad de las comisiones no consistirá en reemplazar a la justicia, tanto civil o administrativa como penal. En particular, únicamente los tribunales penales tienen competencia

119 Michael Ignatieff, *El Honor del guerrero*, Taurus, 1999, Barcelona, p. 165.

120 Alexandra Barahona de Brito, Paloma Aguilar Hernández y Carmen González Enríquez (editores), *Las políticas hacia el pasado*, Istmo, 2002, Madrid, p. 447.

121 Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Editorial Gedisa, 1992, Barcelona p. 102.

122 Anexo al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentados a la Comisión de Derechos Humanos en el 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1 del 8 de febrero de 2005.

para determinar la responsabilidad penal individual a fin de pronunciarse, llegado el caso, sobre la culpabilidad y seguidamente sobre la pena.

Por su parte, los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional establecen lo siguiente sobre las comisiones de verdad y los posibles vínculos con una acción judicial:

[L]as comisiones de la verdad no son tribunales judiciales, pero pueden apoyarse en el ejercicio de acciones legales, ya sea civiles o penales. Sin embargo, los vínculos con los procesos judiciales deben estar cuidadosamente diseñados para mantener las protecciones fundamentales del debido proceso y no deben comprometer la imparcialidad, la independencia o la competencia de la comisión de la verdad.

Nada impide que estas comisiones puedan recabar pruebas y preservarlas, como lo indica el mismo Principio 8º de Naciones Unidas ya mencionado, incluso nada obsta para que a futuro el Informe Final o las investigaciones sean valoradas en procesos judiciales, como de hecho ha ocurrido. Sobre el particular ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. En efecto, la Corte ha otorgado especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción.¹²³

Incluso algunas han tenido facultades judiciales. En América Latina las comisiones de verdad de Perú y Paraguay tenían facultades para interponer causas penales durante sus mandatos y la Comisión de Verdad de Sudáfrica contaba con una sala de magistrados judiciales que podía otorgar amnistías. Un tema que será de discusión en la mesa de conversaciones en La Habana entre el gobierno nacional y las FARC es el de una comisión de verdad para Colombia, aspecto que también está respaldado en el Marco

123 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 131 y 134; Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 17, párr. 128, y Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 224.

Jurídico para la Paz.¹²⁴ Un aspecto crucial a definir frente a esa futura comisión de verdad es si debe tener facultades judiciales y en caso afirmativo de qué tipo.

Conforme a los estándares internacionales ya citados, una comisión de verdad no puede sustituir la justicia, por tal razón, la justicia nacional, mixta o internacional, independiente del mandato aprobado para una eventual comisión de verdad, debe continuar con su deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes. Por esta razón, una comisión de verdad tampoco afecta la eventual competencia de la CPI y por el contrario complementa su trabajo. Por un lado, en relación con hechos anteriores al 1° de noviembre de 2002, una comisión de verdad puede contribuir como un mecanismo de justicia transicional a esclarecer crímenes que no caben dentro de la competencia de la CPI. Por el otro, en relación con hechos posteriores al 1° de noviembre de 2002 que pueden ser de competencia de la CPI y que sean conocidos e investigados por una comisión de verdad, dichas investigaciones pueden ser aprovechadas y valoradas por la CPI. Nada la impide a la CPI para que de acuerdo a sus criterios evalúe tanto el Informe Final de una comisión de verdad como las fuentes que tuvo a su disposición para llegar a sus conclusiones.

En relación con las posibles facultades y funciones judiciales, nuestra opinión es que una comisión de verdad para Colombia debe carecer de funciones judiciales¹²⁵ y que sus facultades deben limitarse a recabar pruebas, preservarlas, ordenar la comparecencia de personas y ofrecerles unas garantías mínimas a dichos comparecientes, según los principios de Naciones Unidas.¹²⁶ Otorgarle más facultades judiciales posibilitaría traslapar su mandato con los jueces y fiscales y desviaría esfuerzos esenciales que deben dirigirse hacia otros intereses diferentes a los de la justicia. Incluso tampoco debería contar con la facultad de instaurar denuncias judiciales, ya que también es un distractor importante frente a sus funciones centrales. Una lección aprendida de las experiencias de las comisiones de verdad del Perú y Paraguay en la materia, es que existió una relación desproporcionada entre los esfuerzos llevados a cabo para preparar esas denuncias y el impacto que tuvieron las causas penales interpuestas, además que no fueron sobre casos paradigmáticos y que tampoco estuvieron dirigidas contra máximo

124 El tercer inciso del artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 2012 establece que "[u]na Ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección".

125 Por ejemplo la Comisión Nacional sobre Prisión Política y tortura, para el esclarecimiento de la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos en Chile, carecía de ellas. El artículo tercero del decreto No. 1040 de 26 de septiembre de 2003 que la crea dice: "En el cumplimiento de su objeto, la Comisión no podrá, de manera alguna, asumir funciones de carácter jurisdiccional y, en consecuencia, no podrá pronunciarse sobre la responsabilidad que con arreglo a la ley pudiere haber a personas individuales por los hechos de que haya tomado conocimiento".

126 Principios 8 y 9 del Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas, Anexo al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentados a la Comisión de Derechos Humanos en el 2005.

responsables.¹²⁷ La medida llama a que una comisión de verdad se centre en sus objetivos primordiales y no dilapide recursos en funciones que le competen al aparato judicial.

Además en relación con las posibles facultades para amnistiar conductas como lo hizo la Comisión de Sudáfrica, independientemente de si se deben otorgar o no amnistías tema que se abordará más adelante, el contexto de la realidad sudafricana es muy distinto del colombiano. Exportar experiencias sin ninguna evaluación no es recomendable, máxime cuando la situación del apartheid sudafricano es bien distinta a la del conflicto armado colombiano. Incluso la valoración del trabajo del Comité de amnistías de la Comisión de Sudáfrica fue objeto de críticas.¹²⁸ Aunque la proporción de los beneficiarios de las amnistías fue menor en relación con los peticionarios,¹²⁹ algunos de los crímenes más graves fueron los que recibieron la amnistía.¹³⁰ Si eventualmente se aprueba algún tipo de amnistía para el caso colombiano, deben ser las autoridades judiciales quienes la evalúen y la otorguen, como siempre ha sido, de acuerdo a una larga tradición normativa nacional que se remonta incluso a prácticas desde el siglo XIX.¹³¹

127 Alejandro Valencia Villa fue consultor de ambas comisiones de verdad y tuvo conocimiento directo de este aspecto.

128 Véase, *Justicia y Verdad en procesos de paz o transición a la democracia*, CINEP, Comisión Colombiana de Juristas, Fundación Social, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Programa por la Paz, primera edición: noviembre de 1999, Bogotá, p. 204 y ss.

129 De los 7.115 casos, 1.973 solicitudes fueron sometidas a un proceso público de las que se otorgaron 1.167 y se denegaron 806. Brandon Hamer, *Transformar las sociedades después de la violencia política*, Institut Català Internacional per la Pau, 2001, Barcelona, p. 81.

130 *Ibíd.*, p. 82.

131 Véase supra nota de pie de página 161.

Apartado 5

La jurisdicción universal: otro recurso de las víctimas para acceder a la justicia¹³²

El principio de la jurisdicción universal le da legitimidad a un Estado para perseguir, investigar, juzgar y sancionar a una persona que presuntamente haya cometido un crimen de naturaleza internacional, independiente del lugar en que se haya cometido e incluso en algunos casos sin tener en cuenta la nacionalidad del acusado. Es decir, deja a un lado los principios tradicionales del derecho penal como son el de la territorialidad y nacionalidad, con el propósito de luchar contra la impunidad y satisfacer los derechos de las víctimas. En últimas, se admite la competencia de cualquier tribunal nacional en reemplazo de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado bajo cuya jurisdicción los hechos hubieren tenido lugar. La legitimidad para ejercer la jurisdicción universal es otorgada por el propio derecho internacional, en particular por consagraciones expresas en instrumentos internacionales.¹³³

Tres Estados que son un referente internacional sobre la vigencia del principio de universalidad son España, Argentina y Bélgica. La Ley Orgánica del Poder Judicial de España confirma este principio y la Audiencia Nacional española, viene conociendo diversas denuncias por crímenes internacionales ocurridos en diferentes países que han dado lugar a un amplio debate sobre el principio de jurisdicción universal.¹³⁴ Cabe señalar que la jurisdicción universal de la Audiencia Nacional española fue limitada en junio del 2009, permitiendo sólo investigar los casos en los que el autor esté en España o haya españo-

132 Este apartado retoma y actualiza breves y puntuales textos de Alejandro Valencia Villa del artículo *Algunos escenarios jurídicos ante una eventual negociación de paz con las FARC – EP*, en Fundación Ideas para la Paz, working papers No. 6, Bogotá, noviembre de 2010.

133 "En algunas oportunidades se ha confundido el significado del principio con otra regla del derecho internacional a la que se encuentra íntimamente vinculada: la regla *aut dedere aut iudicare* (o juzgas o extraditas). La primera, ... en atención a la naturaleza del crimen, atribuye jurisdicción a cualquier Estado sin importar las circunstancias en que el mismo haya sido cometido; la segunda impide que un Estado sustraiga a una persona presuntamente responsable de un crimen de derecho internacional de su juzgamiento, mediante la imposición del deber de juzgarla ante sus propios tribunales (lo que en muchos casos acarrearía necesariamente el ejercicio de la jurisdicción universal) o extraditarla a otro Estado para su juzgamiento o entregarla a un tribunal internacional a iguales efectos". Hugo Relva, *La implementación del Estatuto de Roma y el principio de jurisdicción universal*, José A Guevara y Tarcisio dal Maso, *La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, Editorial Porrúa, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2005, p. 951.

134 Son ejemplos los casos de Argentina (Sciungo y Cavallo), Chile (Pinochet), Estados Unidos (Couso), Tibet, China (Falun Gong), Vuelos de la CIA, Sáhara, Ruanda, el caso de genocidio en Guatemala y el caso Jesuitas de El Salvador que han conformado los denominados "Juicios de Madrid".

les involucrados.¹³⁵ El 14 de abril de 2010 ante la Cámara Federal de la ciudad de Buenos Aires (Argentina), fue presentada una querrela por genocidio y/o crímenes de lesa humanidad cometidos en España durante guerra civil española y el franquismo (1936 – 1977). Bélgica ha introducido varias reformas a su legislación nacional en relación con el principio de la jurisdicción universal. La última reforma buscó armonizar la legislación penal con el Estatuto de Roma y permite la aplicación de este principio ante la piratería, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y otras violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de los conflictos armados internacionales o no internacionales.¹³⁶ La jurisdicción universal en Bélgica ha permitido perseguir y juzgar cuatro ruandeses acusados del genocidio de 1994 en Ruanda en 2001, 2005, 2007 y 2009.¹³⁷

Si como resultado del proceso de paz, los agentes del Estado o los miembros de las organizaciones guerrilleras son objeto de beneficios que les permitan la suspensión de manera total de la pena privativa de la libertad y/o penas reducidas con condiciones, penas alternativas, o una suspensión condicionada de toda pena o la renuncia condicionada a la acción penal o una amnistía general sin condiciones o una amnistía con condiciones, beneficios que impidan la sanción de crímenes internacionales, nada obsta para que otro Estado a través de una autoridad judicial se declare competente para conocer de esos crímenes. No es descabellado pensar que en los próximos años se inicien juicios en el exterior contra colombianos con base en el principio de la jurisdicción universal. Si no hay una respuesta efectiva de la justicia colombiana, cada vez resultaría más factible que otro Estado a través de una autoridad judicial se declare competente para hacerlo. El territorio extranjero ya no es un refugio seguro para los criminales internacionales.

La CPI no puede impedir que cualquier Estado invoque el principio de la jurisdicción universal para investigar crímenes que eventualmente puedan ser de competencia de

135 Lo que impediría juzgar muchos casos, como los ejemplos señalados en la anterior cita de pie de página, en cualquier lugar del mundo si los tribunales del país afectado no actúan. Sobre la aplicación del principio de la jurisdicción universal en España véase la Parte IV del libro de Ana Isabel Pérez Cepeda (Directora), *El principio de jurisdicción universal: fundamentos y límites*, Tirant lo Blanch, 2012, Valencia.

136 Los tribunales belgas tienen jurisdicción sobre estos delitos si: 1) el delito sea cometido por un belga o una persona residente en el territorio; 2) la víctima del delito es belga o vive legalmente desde tres años en Bélgica durante el evento del crimen; 3) un norma internacional (convencional o consuetudinaria) impone a la Bélgica de perseguir los autores de las infracciones. Véanse el artículo 6 bis 1 del nuevo Código de Procedimiento Penal preliminar (Jurisdicción personal activa), el artículo 10 bis 1 del nuevo Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal (Jurisdicción personal pasiva), el artículo 12 bis del nuevo Código de Procedimiento Penal preliminar (jurisdicción universal). Centre de Droit International de L'Université Libre de Bruxelles, *Législation belge*, en línea: <http://competenceuniverselle.wordpress.com/legislation-belge/> (consultado el 6 de agosto de 2014).

137 Observations de la Belgique sur la portée et l'application du principe de compétence universelle, en línea: http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium.pdf (consultado el 4 de agosto de 2014)

la propia Corte. Obvio que se debe respetar la garantía judicial del *non bis in idem*, es decir, que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho, pero una persona que haya cometido crímenes de lesa humanidad, guerra o genocidio, puede ser investigado y juzgado por un Estado con base el principio de la jurisdicción universal o por la CPI con base en el principio de la jurisdicción internacional. El principio de la jurisdicción universal no es excluyente de los alcances del Estatuto de la CPI: "Si la competencia atribuida a la Corte no tienen carácter obligatorio ni alcance universal y si las jurisdicciones nacionales van a seguir ejerciendo un papel estelar en la represión de estas infracciones, debemos considerar que todos estos delitos están sometidos al principio de jurisdicción universal".¹³⁸

La permanencia de miembros de las organizaciones guerrilleras en el extranjero puede facilitar la aplicación del principio de la jurisdicción universal. Desde el punto de vista del derecho internacional no es muy probable que por razones políticas se pueda impedir la actuación de una autoridad extranjera que pretenda investigar y juzgar crímenes de lesa humanidad o de guerra.

La presencia de criminales colombianos en los Estados Unidos de América que hayan cometido graves violaciones de derechos humanos puede activar también la posibilidad de buscar el enjuiciamiento por la vía civil mediante la Ley de Acciones Civiles para Extranjeros (ATCA) o la Ley de Protección de Víctimas de Tortura (TVPA).¹³⁹ Estas acciones civiles se han venido utilizando en casos de violaciones de derechos humanos ocurridos en Centro y Sudamérica ya que Estados Unidos se ha convertido en refugio de perpetradores de violaciones de derechos humanos. Agentes del Estado o miembros de organizaciones guerrilleras que eventualmente hayan cometido graves violaciones de derechos humanos que residan o se encuentren detenidos en esa nación, pueden ser serios candidatos para ser sujetos de estas acciones civiles.

138 Esperanza Orihuela Catalayud, *Aplicación del derecho internacional humanitario por las jurisdicciones nacionales*, ob. cit., p. 252. De esta misma autora puede consultarse el artículo *Crímenes de guerra y justicia universal: avances y retrocesos en la lucha contra la impunidad*, en Consuelo Ramón Chomet (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, 2005, Valencia, pp. 153 y ss. También puede consultarse el artículo de Jorge Pueyo Losa, *El principio de jurisdicción universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, en José Luis Rodríguez Villasante y Prieto (coord.), *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Fundación Rafael del Pino, Cruz Roja Española, 2006, Madrid, pp. 179 y ss.

139 La Ley de Acciones Civiles para Extranjeros (ATCA), ley aprobada por el primer congreso estadounidense en 1789, permite la interposición de acciones civiles ante tribunales federales a todas aquellas personas, independientemente de su procedencia, nacionalidad, residencia o de donde se encuentren en el momento de interponer la demanda siempre y cuando hayan sufrido un daño consecuencia de una violación de normas de derecho internacional. Esta disposición ha permitido que las cortes estadounidenses conozcan de reclamaciones civiles sustentadas en violaciones de los derechos humanos perpetradas fuera de Estados Unidos, por agentes estatales y no estatales. La Ley de Protección de Víctimas de Tortura (TVPA) de 1992 prevé una protección también para estadounidenses cuando el daño producido sea fruto de torturas o ejecución extrajudicial. La TVPA viene a ampliar el escueto contenido de la ATCA que busca fortalecer el ordenamiento jurídico con una ley que, ante violaciones de gravedad internacional, procure la protección y la reparación extraterritorial.

Apartado 6

La viabilidad de un tribunal penal internacional o de un tribunal nacional internacionalizado o un tribunal nacional especial para la situación colombiana

Desde principios de la década de los noventa del siglo pasado, se han venido impulsando algunos modelos de justicia internacional como son los tribunales penales internacionales (para la antigua Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Irak y Líbano), así como tribunales nacionales internacionalizados (como son los jueces internacionales para las Cortes Nacionales en Kosovo, los Paneles Especiales para crímenes graves en Timor Oriental, las Cortes Extraordinarias para juzgar crímenes graves en Camboya, la Cámara Especial para crímenes de guerra en la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina), que han sancionado a personas que han cometido crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio. Entre los factores que influyeron en la creación de estos modelos figuraron la escasa capacidad doméstica de la justicia en esos países, la etapa de transición que ocurrió en esos contextos, el tipo de conflicto armado librado, la disponibilidad de mecanismos de detención, la necesidad de reemplazar las estructuras de amnistías existentes y el alcance de la participación de los actores internacionales en el proceso de paz.¹⁴⁰

Los tribunales penales internacionales han sido creados por la comunidad internacional para sancionar crímenes de naturaleza internacional y están integrados por funcionarios internacionales. Ciertas características de algunos de ellos son las siguientes: Los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el Tribunal de Sierra Leona por un acuerdo del gobierno de ese país con la Organización de las Naciones Unidas. El Alto Tribunal Penal Iraquí fue creado por el Consejo de Gobierno de Irak y auspiciado por la Autoridad Provisional de la Ocupación. El Tribunal de Yugoslavia tiene competencia para conocer infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes o prácticas de guerra, genocidio, y crímenes contra la humanidad, mientras que el Tribunal de Ruanda tiene competencia para conocer el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II de 1977. El Tribunal Especial para el Líbano fue establecido en el 2006 por otra reso-

140 Véase Carsten Stahn, *La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional*, en Angelika Rettberg (compiladora), *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, 2005, Bogotá, pp. 81 a 142.

lución del Consejo de Seguridad, su mandato es enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. Los tribunales de Yugoslavia y Ruanda tienen una jurisdicción concurrente con los tribunales estatales pero se le otorga a la jurisdicción internacional la primacía sobre la nacional.

Los tribunales nacionales internacionalizados, también son auspiciados por la comunidad internacional, algunos tienen una integración mixta entre funcionarios internacionales y nacionales de los respectivos países y la competencia varía, ya que algunos es exclusiva sobre crímenes internacionales y otros también conocen de crímenes de la legislación de sus países. Las Cortes Extraordinarias de Camboya finalmente fueron producto de un acuerdo entre ese Estado y Naciones Unidas, están integradas por jueces camboyanos e internacionales, y tienen competencia sobre genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, y otros crímenes definidos por las leyes de Camboya. Los Paneles Especiales de Timor Oriental fueron creados a partir de una regulación de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, están integrados por jueces timorenses e internacionales, y tienen competencia sobre genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, asesinatos, ofensas sexuales y tortura. En Kosovo se designaron algunos jueces y fiscales internacionales para conocer crímenes de guerra y la Cámara Especial de la Corte Estatal de Bosnia y Herzegovina tiene competencia para crímenes de guerra y está compuesta por jueces internacionales y nacionales.¹⁴¹

Mientras la justicia colombiana sustraiga de la responsabilidad penal al implicado, exista demora injustificada en las decisiones y falte independencia e imparcialidad en la administración de justicia, elementos subrayados por el artículo 17 del Estatuto de Roma, puede existir el riesgo que se abra camino a impulsar algún tipo de modelo de justicia internacional.

Así la justicia colombiana cumpla con alguna de dichas hipótesis del artículo 17 del Estatuto de Roma, la posibilidad de un tribunal penal internacional para Colombia es remota por varias razones. En primer lugar, la situación colombiana en la coyuntura actual no es una prioridad para el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La práctica internacional demuestra que debe intervenir de una u otra forma este organismo para promover cualquiera de estos modelos de justicia internacional,¹⁴² y la situación colombiana está muy lejos de llamar la atención de este organismo intergubernamen-

141 Una caracterización de los mismos puede verse en *Ibíd.* También en Jorge Enrique Ibáñez Najjar, *Justicia transicional y las comisiones de verdad*, Instituto Berg, Bogotá, 2014, pp. 487 y ss.

142 Sobre el particular véase María Teresa Comellas Aguirrezábal, *La incidencia del Consejo de Seguridad en el derecho internacional humanitario*, Thomson Aranzandi, Pamplona, 2007.

tal. Las prioridades del Consejo de Seguridad están centradas en otros países y en otras regiones del planeta, como el Medio Oriente (por ejemplo el caso palestino o del Estado Islámico) o de África (Mali, Libia, entre otros). En segundo lugar, la creación de cualquier tipo de modelo internacional demanda una cantidad considerable de recursos económicos y no se percibe que esa sea una prioridad para Colombia por parte de la comunidad internacional. Otros aspectos vinculados con la paz, como son los eventuales programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) de los miembros de las organizaciones guerrilleras y una comisión de verdad son tal vez los proyectos que tengan una mayor viabilidad financiera por parte de la cooperación internacional en la etapa del posconflicto armado. Pareciera que no está en la agenda de las agencias y organizaciones internacionales la financiación de un modelo de estas características para Colombia. En tercer lugar, en la práctica es más viable la intervención de la CPI o de la justicia de otros países con la aplicación de los principios de la jurisdicción internacional o de la jurisdicción universal respectivamente, que pensar en la alternativa de contar con un tribunal penal internacional. Desde que entró en vigor el Estatuto de Roma se han disminuido las posibilidades reales de creación de modelos de justicia internacional; la comunidad internacional prefiere fortalecer la CPI que promover más modelos de esta naturaleza. Además no debe descartarse, como ya se indicó, la posibilidad de que sea ejercida la jurisdicción universal por parte de otros Estados. En cuarto lugar, por estas mismas razones, en relación con violaciones de derechos humanos del pasado, sobre todo los crímenes anteriores al 1º de noviembre de 2002, lo que se ve más viable para la situación colombiana es la creación de una comisión de la verdad que la creación de un tribunal penal internacional. Por último, es más factible que la comunidad internacional, tanto desde las Naciones Unidas como desde otros cooperantes, le apuesten precisamente a fortalecer la justicia colombiana; mal que bien existe una administración que intenta ofrecer resultados y que no se encuentra en ninguna de las hipótesis de falta de capacidad de que trata el artículo 17 del Estatuto de Roma, colapso total o sustancial del aparato de justicia o carencia de un sistema de justicia.

Otra propuesta distinta es la de pensar en la creación de una jurisdicción nacional nueva y especial que tenga competencia para juzgar los crímenes perpetrados por los miembros de los grupos armados al margen de la ley y de los agentes del Estado, de conformidad con los acuerdos de paz. De hecho el sometimiento a la justicia de los grupos paramilitares desmovilizados conforme a la Ley de Justicia y Paz creó una jurisdicción especializada para el conocimiento de las conductas perpetradas por los miembros de esas organizaciones. Ya se han formulado algunas propuestas en ese sentido como la de un Tribunal Especial de Justicia para la Paz¹⁴³ o la de un Tribunal de juzgamiento en

143 Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, *El camino hacia la paz pasa por la justicia*, Bogotá, julio de 2013. Ver a 10 de noviembre de 2014: <http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/04/CAJARLA-PAZ-PASA-POR-LA-JUSTICIA-ABRIL-2013-CAJAR.pdf> (al 10 noviembre 2014).

primera y segunda instancia junto con una comisión de mediación y otra comisión de seguimiento.¹⁴⁴ Esta alternativa de una nueva jurisdicción nacional no está contemplada por el Marco Jurídico para la Paz pero tampoco está prohibida y podría ser consagrada en su ley estatutaria siempre y cuando se garantice la independencia e imparcialidad de dicho modelo de justicia, que debe satisfacer el debido proceso para los imputados y garantizar los derechos de las víctimas. Esta alternativa no solo cubriría a los máximos responsables, como es la práctica de los tribunales penales internacionales o de algunos modelos de tribunales nacionales internacionalizados, sino que sería para miembros de rango alto, medio y bajo, de las guerrillas y de la fuerza pública.¹⁴⁵

La falta de independencia e imparcialidad en la administración de justicia colombiana, una de las hipótesis de falta de voluntad que trae también el artículo 17 del Estatuto, le ofrece serios argumentos a las alternativas de un tribunal nacional internacionalizado o un tribunal nacional especial. Mientras se quiera fortalecer el fuero penal militar, como ya se indicó, para conocer a violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario,¹⁴⁶ aumenten las denuncias de corrupción en la justicia,¹⁴⁷

144 Como lo ha manifestado el Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, en los distintos escenarios públicos y en escenarios convocados para tratar y discutir el tema de justicia. Bogotá, 2014.

145 La viabilidad de esta alternativa debe partir de una evaluación integral de la ley 975 de 2005, Ley de justicia y paz, que estableció una jurisdicción especializada para el sometimiento de miembros de grupos paramilitares. Algunos balances parciales sobre este particular pueden verse en Profiz/Giz, *Colombia un Nuevo modelo de Justicia Transicional*, editores Andreas Forer y Claudia López Díaz, 2013,

http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/col_nuev_mod_just_trans.pdf (al 10 de noviembre del 2014)

Profiz/ Giz, *Participación de las Víctimas en el Proceso de Justicia y Paz*, 2013,

http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/Part_Vict_Justicia_Paz.pdf (al 10 de noviembre del 2014)

Christian Wolffhugel Gutiérrez, *El Principio de Complementariedad y la Ley de Justicia y Paz: Principales Desafíos*, Universidad Sergio Arboleda Colección de Estudios de Derecho Penal, 2011,

<http://www.usergioarboleda.edu.co/fondo/PpioComplementariedad.pdf> (al 10 de noviembre del 2014)

International Center for Transitional Justice, *La Construcción de Sentencias de Justicia y Paz y de la "parapolítica"*, Olga Lucía Gaitán, junio de 2014,

<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Informe-Colombia-Sentencias-JyP-2014.pdf> (al 10 de noviembre del 2014)

Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, *La Ley de Justicia y Paz a la luz del principio de complementariedad*, Impresor Ediciones, septiembre de 2013,

http://www.asfcanada.ca/uploads/publications/uploaded_cartilla-ley-de-justicia-y-paz-pdf-55.pdf (al 10 de noviembre del 2014)

Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional, estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2010.

146 Véase infra p.44-49, en el apartado 3.

147 Por ejemplo en octubre de 2013 se denunció casos de Corrupción de jueces en Paloquemao (una de las principales sedes de los juzgados en Bogotá). Algunas noticias al respecto fueron las siguientes: Detienen a nueve funcionarios judiciales en Paloquemao por manipulación de procesos. Los funcionarios estarían cobrando entre 2 y 3 millones de pesos por alterar pruebas a favor de algunos investigados. <http://www.elspectador.com/noticias/judicial/detienen-nueve-funcionarios-judiciales-paloquemao-manip-articulo-452820> (al 10 de noviembre del 2014)

Libre, uno de los jueces de Paloquemao detenido por caso de corrupción. Siete funcionarios, a prisión. Tres quedaron libres y a una se le dictó detención domiciliaria. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13137902> (al 10 de noviembre del 2014)

se incremente la injerencia política en los procesos penales,¹⁴⁸ exista poca transparencia en la elección de los jueces y magistrados¹⁴⁹ y sigan existiendo conexiones entre los presuntos responsables y las autoridades competentes para la investigación y sanción de los presuntos delitos,¹⁵⁰ se estarían ofreciendo serios argumentos para señalar que la justicia colombiana no es independiente e imparcial.¹⁵¹ Esta falta de legitimidad de la justicia ordinaria colombiana por falta de independencia e imparcialidad fomenta la posibilidad de crear un tribunal nacional internacionalizado o un tribunal nacional especial para los beneficiarios del Marco Jurídico para la Paz.

Instrumentos internacionales como los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura,¹⁵² los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial,¹⁵³ el Estatuto universal del juez,¹⁵⁴ el Estatuto del Juez Iberoamericano,¹⁵⁵ son muy claros en señalar

Las pistas que destaparon el 'cartel de jueces' de Paloquemao. Negociaban libertades y otros beneficios cobrando hasta \$50 millones. Van 11 capturados. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13130663> (al 10 de noviembre del 2014)

Corrupción en Paloquemao: Judicatura abre investigación contra jueces involucrados: <http://www.laifm.com.co/noticias/corruption-en-paloquemao-148011#ixzz3GoXQZFax> (al 10 de noviembre del 2014)

148 Un caso actual es la extrema lentitud de las investigaciones penales contra Álvaro Uribe Vélez (expresidente de la República). Algunas noticias son: Uribe, el candidato al Senado más denunciado. Según los datos de la Comisión de Acusaciones, el expresidente tiene en contra 27 querrelas por paramilitarismo. <http://www.semana.com/nacion/articulo/alvaro-uribe-el-candidato-con-mas-investigaciones/367105-3#> (al 10 de noviembre del 2014)

Álvaro Uribe Vélez, el ex presidente más investigado de Colombia <http://www.eluniversal.com.co/politica/alvaro-uribe-velez-el-ex-presidente-mas-investigado-de-colombia-141166> (al 10 de noviembre del 2014)

¿Sabe usted cuántos procesos cursan contra el expresidente Álvaro Uribe Vélez? www.caracol.com.co/audio_programas/archivo_de_audio/sabe-usted-cuantos-procesos-cursan-contra-el-expresidente-alvaro-uribe-velez-investigacion-de-rodrigo-silva/20110520/cir/1475843.aspx (al 10 de noviembre del 2014)

149 La elección de los magistrados Francisco Ricaurte y Pedro Munar en el Consejo Superior de la Judicatura, con la cuestionada práctica conocida como "yo te elijo, tú me eliges, es un ejemplo. Esas dos personas cuando eran magistrados de la Corte Suprema de Justicia eligieron a los actuales magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, quienes a su vez eligieron a Ricaurte y Munar en ese mismo Consejo cuando culminaron su período en la Corte Suprema de Justicia. Véase por ejemplo <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/se-acabo-el-yo-te-elijo-tu-me-eliges-articulo-500628> (al 10 de noviembre del 2014)

150 Un caso es el de las comprometedoras conversaciones grabadas por los organismos de seguridad, entre el magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, Henry Villarraga y el coronel Robinson González, detenido en un guarnición militar en el occidente de Bogotá, por falsos positivos, que ocasionaron la renuncia del magistrado.

<http://www.semana.com/nacion/articulo/el-magistrado-henry-villarraga-renuncia-su-cargo/363324-3> (al 10 de noviembre del 2014)

151 Sobre los parámetros de la Fiscalía de la CPI para evaluar estos criterios véanse los pies de página números 3 y 4.

152 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de la ONU en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

153 Anexo al Informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, de conformidad con la Resolución 2002/43 de la Comisión de Derechos Humanos. En http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf (al 10 de noviembre del 2014)

154 Unión Internacional de Magistrados, El texto del Estatuto fue aprobado por unanimidad de los presentes en la reunión del Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados en Taipei (Taiwan) el 17 de noviembre de 1999, <http://www.justiciacordoba.gob.ar/eticajudicial/Doc/EstatutoJuez.pdf> (al 10 de noviembre del 2014)

155 La VI Cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001,

<http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/estatutodeljueziberoamericano.pdf> (al 10 de noviembre del 2014)

que el juez en sus decisiones solamente se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes. Señala también que los nombramientos de los jueces deben hacerse en condiciones objetivas y transparentes fundados en la capacidad profesional, que los jueces no se encuentran sometidos a las autoridades judiciales superiores sin perjuicio de la doble instancia, que el juez debe abstenerse de conocer un proceso en que tenga un interés propio o en beneficio de un tercero, que el ejercicio de la función judicial es incompatible con otras funciones, que la autoridad judicial deberá ejercer sus funciones con total independencia respecto a todas las fuerzas sociales y económicas, entre otras.¹⁵⁶ Estas garantías están cuestionadas con los ejemplos señalados en el párrafo anterior y mientras la justicia colombiana de manera real y efectiva no demuestre lo contrario, un tribunal nacional internacionalizado o un tribunal nacional especial pueden ofrecer mejores condiciones satisfactorias de independencia e imparcialidad.

¹⁵⁶ Además de estos instrumentos mencionados, existen unas Directrices para la Función de los Fiscales y unos Principios básicos sobre la función de los abogados, ambos avalados por las Naciones Unidas. Ambos fueron aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Apartado 7

La prohibición de amnistías para criminales de guerra y lesa humanidad¹⁵⁷

El perdón de los delitos políticos ha sido uno de los mecanismos tradicionales por medio de los cuales se busca la reconciliación entre los enemigos. La expresión jurídica de ese acto político es lo que se conoce como las amnistías. Esta fórmula que se viene utilizando desde décadas en América Latina para garantizar el paso de dictaduras militares a la democracia o para finalizar conflictos armados, en muchas ocasiones se ha aplicado para beneficiar a personas que no habían cometido delitos políticos y que por el contrario habían perpetrado graves violaciones de derechos humanos. Esta tergiversación ha generado una contundente reacción por parte de la comunidad internacional de derechos humanos.

Históricamente se ha entendido que los delitos políticos son aquellos que atentan contra la organización política o constitucional de un Estado,¹⁵⁸ mientras que los delitos comunes, son los delitos ordinarios que se cometen contra un orden legal preestablecido:

[...] 2.4. Es claro que con el delito político se ataca el régimen constitucional y legal en cuanto la organización política de la sociedad y sus formas de gobierno o para derrocar a las autoridades que detentan el poder cuya legitimidad se desconoce o cuyos abusos se pretende terminar, y todo el actuar se justifica entonces por el beneficio superior de la sociedad. En el delito común, en cambio los móviles carecen de nobleza, su comisión ataca bienes jurídicos que toda la sociedad necesita proteger en defensa de la vida, de los bienes y de la convivencia pacífica. Por eso, se tiene por establecido que el delito político es de menor gravedad que el común, ya que los bienes jurídicos que mediante él se atacan no son de aquellos que el grupo social tiene instituidos como indispensables para la vida diaria. De ahí que la legislación atendido lo expuesto le dé a los delitos políticos un tratamiento más benigno que a los delitos comunes y que, atendidas circunstancias concretas y específicas el legislador, por motivos de conveniencia pública le de prevalencia a la paz como

157 Este apartado retoma y actualiza breves y puntuales textos de Alejandro Valencia Villa, *Las amnistías por violaciones de derechos humanos en Guatemala*, Policy Brief, Impunity Watch – Guatemala, Ciudad de Guatemala, 2014.

158 Juan Pablo Cardona Chávez, *Delito político: ¿una alternativa para la paz?*, en Andreas Forer, Claudia López (editores), *Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional*, GIZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2012, pp. 397 y ss.

valor constitucional y autorice extender la amnistía o el indulto a delitos conexos con los delitos políticos.¹⁵⁹

Una amnistía si puede cobijar delitos conexos con los delitos políticos pero un delito común si no está vinculado con un delito político en ningún caso puede ser objeto de amnistía o indulto. De manera tradicional, en el derecho penal el delito político¹⁶⁰ por esencia es la rebelión y el delincuente político por naturaleza es el rebelde. Comete delito de rebelión quien combate mediante las armas contra una legalidad.¹⁶¹ Por esa razón, los delitos conexos con los delitos políticos están vinculados y relacionados de manera directa con acciones propias de una confrontación armada, como son por ejemplo el porte ilegal de armas, la utilización ilegal de uniformes e insignias, la utilización de equipos transmisores de comunicaciones y aquellos que se presentan en combate siempre y cuando no sean actos de terrorismo, ferocidad o barbarie.¹⁶²

Las amnistías y los indultos solo existen para los delitos políticos, ya que están construidas sobre el perdón y el olvido, precisamente para quienes pretendieron derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. La amnistía “simboliza el hecho que las personas que eran peligrosas han dejado de serlo. Al delincuente político, como al combatiente, se vuelve innecesario mantenerlo privado de su libertad y luego de que el diálogo o la victoria militar han devuelto al régimen amenazado su estabilidad”,¹⁶³ por eso se le perdona, de ahí que es un delincuente privilegiado en tanto que es reconocido como un igual en una relación moral con el Estado.¹⁶⁴

La tradición jurídica es tajante en señalar que no pueden incluirse como delitos políticos y mucho menos como delitos conexos con los delitos políticos, las violaciones de derechos humanos. Lo preocupante es que en muchas ocasiones, la amnistía se utiliza precisamente para no castigar a los responsables de perpetrar violaciones de derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario.

159 Corte Constitucional de Colombia, Salvamento de voto del magistrado Alfredo Beltrán Sierra a la Sentencia C-370 de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2006 (Expediente D-6032).

160 El delito político es una figura que ha importantes desarrollos históricos en otras latitudes, por ejemplo se pueden mencionar los de la Francia Revolucionaria (entre 1789 y 1830), la Alemania Pre-imperial (entre 1789 y 1871) y en el contexto latinoamericano se destaca el caso Colombia (desde las guerras civiles en el Siglo XIX hasta el presente). Puede verse la primera parte del libro de Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas, guerra y derecho en Colombia*, Temis, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Bogotá, 1992. La sentencia de Corte Constitucional C-579/13 en su punto 6.3 hace también un recuento de la evolución del delito político en Colombia.

161 El actual Código Penal colombiano, establece en sus artículos 467 y 468 los delitos de rebelión y sedición, como delitos contra el régimen constitucional y legal. “Comete delito de rebelión el que mediante empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. Comete delito de sedición el que mediante empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente.”

162 En el anterior Código Penal colombiano, el artículo 127 establecía que los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

163 Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas, guerra y derecho en Colombia*, Op., Cit., p. 37.

164 *Ibid.*, p. 46.

Hoy en día existe un amplio consenso de la comunidad internacional sobre la ilegitimidad de las amnistías generales y sin condiciones. Las personas que cometan graves violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario no pueden beneficiarse de una amnistía general o sin condiciones.

Aunque el numeral 5° del artículo 6° del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados no internacionales, señala 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 la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, esta amnistía no puede cobijar a quienes han cometido infracciones graves o crímenes de guerra si no se satisface el derecho a la justicia, como lo ha establecido el CICR en su estudio sobre el derecho aplicable en conflictos armados no internacionales:

Norma 159. 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.¹⁶⁵

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Sierra Leona de 2002 y el Tribunal Especial para el Líbano de 2006, de manera expresa consagran su prohibición. El artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, dice: “Una amnistía concedida a cualquier persona sujeta a la jurisdicción del Tribunal Especial con respecto a los crímenes contemplados en los artículos 2 y 4 del presente Estatuto no será obstáculo para su persecución judicial”.¹⁶⁶ Los artículos 2 y 4 se refieren a los crímenes de lesa humanidad y las infracciones graves del derecho internacional humanitario. Y el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, adoptado en 2007, dice: “Una amnistía concedida a cualquier persona por cualquier crimen sometido a la jurisdicción del Tribunal Especial no será obstáculo para su persecución judicial”.¹⁶⁷

165 Véase Jean-Marie Henkaerts, Louise Doswald – Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I*, normas, CICR, sin ciudad, 2007., pp. 691 a 694.

166 El Tribunal Especial para Sierra Leona ha sostenido que así las amnistías abarquen crímenes de derecho internacional, estas no son obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de otro Estado o de la jurisdicción internacional por parte de la Corte Penal Internacional. Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, Ara Editores, Lima, 2008, p. 547. También puede verse Vera Vriezen, *Amnesty justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, *Intersentia*, Cambridge, United Kingdom, 2012, p. 107.

167 Citados por Hernando Valencia Villa, *La ley española de amnistía de 1977 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, en Santiago Ripol Carulla y Carlos Villán Durán (Dir), *Justicia de Transición: el caso de España*, Institut Catalá Internacional, Barcelona, 2012, párr. 24.

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,¹⁶⁸ en su principio 24 sobre las restricciones y otras medidas relativas a la amnistía, establece que “los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19¹⁶⁹ o los autores hayan sido sometidos ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado que se trata”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de Chile¹⁷⁰ y Perú¹⁷¹ ha considerado inadmisibles las auto amnistías y ha rechazado en casos de Brasil¹⁷² y Uruguay¹⁷³ las amnistías generales y sin condiciones.¹⁷⁴ Ha dicho la Corte:

... todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región que han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del alcance de las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados que las emiten, han concluido que las mismas violan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar dichas violaciones.¹⁷⁵

168 Anexo al Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2005, E/CN:4/102/add.1, 8 de febrero de 2005.

169 “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente” (primer inciso).

170 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

171 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001.

172 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (*guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil.

173 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011.

174 La propia sentencia de Corte Constitucional C-579/13 hace un recuento bien pormenorizado de las amnistías en el contexto latinoamericano (punto 6.2.4) y colombiano (punto 6.3).

175 Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (*guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil, párr. 150. En particular esta decisión en los párrafos 127 a 149 cita decisiones de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Secretario General de las Naciones Unidas, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la impunidad, la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, del Tribunal Especial para Sierra Leona, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, de la Corte Suprema de Justicia de Chile, del Tribunal Constitucional de Perú, de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sobre la incompatibilidad de las amnistías con las graves violaciones de derechos humanos.

Uno de los esfuerzos más relevantes de los últimos años por compatibilizar los temas de paz con los de la justicia transicional, lo ofrecen los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional,¹⁷⁶ que sobre el tema de las amnistías señalan lo siguiente:

Amnistía - Los Estados no podrán conceder amnistías para absolver a los perpetradores responsables de genocidio y graves crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

Sentencias deficientes u otras acciones similares.- Los Estados no podrán expedir sentencias u otras acciones que limiten injustamente las penas por graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.

La amnistía como requisito previo a la finalización de los conflictos - Los Estados deben limitar el otorgamiento de la amnistía a las circunstancias en que tales medidas sean estrictamente necesarias para negociar el final de un conflicto, con sujeción a las obligaciones derivadas del derecho internacional.

Vinculación de la amnistía con la rendición de cuentas. - Los Estados que ofrecen amnistía u otros mecanismos para reducir la responsabilidad jurídica por los delitos cometidos en el pasado serán sometidos a examen por el derecho internacional. Los Estados deben garantizar que las políticas de amnistía están vinculadas a mecanismos específicos de rendición de cuentas para desalentar la impunidad y lograr los objetivos de la justicia transicional. La amnistía es más aceptable cuando se establece para beneficio de perpetradores de bajo rango, los niños soldados, los responsables de delitos menos graves y los que se ven obligados a cometer esas violaciones.

Resolución de las reclamaciones individuales.- Los Estados que proporcionan amnistía u otros mecanismos de reducción de la responsabilidad jurídica por los delitos cometidos en el pasado deben favorecer los sistemas que permitan la resolución de las reclamaciones individuales.

Como se puede observar con base en estos estándares internacionales, no es posible amnistiar de manera general y sin condiciones los crímenes que son competencia de la CPI.¹⁷⁷ Sin embargo, según estos mismos estándares, no existe una prohibición absoluta de las amnistías. Éstas incluso son permitidas para finalizar un conflicto armado o "para reducir la responsabilidad jurídica por los delitos cometidos en el pasado", siempre y cuando estén sujetas al derecho internacional y que en toda circunstancia

176 Un proyecto conjunto del "International Human Rights Law Institute", "Chicago Council on Global Affairs", "Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali" y la "Association Internationale de Droit Pénal". 2007.

177 Un análisis en este sentido puede verse en Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, DeJusticia, Bogotá, 2014, pp. 62 a 79.

son ilegítimas frente a las graves violaciones de derechos humanos. Precisamente las amnistías permitidas son para los delitos políticos y como se viene señalando, los delitos políticos no son violaciones de derechos humanos y tampoco las violaciones de derechos humanos constituyen delitos políticos. Los crímenes de lesa humanidad y de guerra de los artículos 7º y 8º del Estatuto de la CPI no son delitos políticos ni delitos conexos a los delitos políticos.

Estas consideraciones sobre la ilegitimidad de las amnistías ante graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario también son predicables al indulto.¹⁷⁸ En la medida que los indultos suponen el perdón de la pena y benefician a una persona en concreto, es posible otorgar esta medida para cualquier miembro de los distintos grupos armados al margen de la ley que haya sido parte en el conflicto armado interno y que haya sido condenado judicialmente por delitos políticos y sus delitos conexos.¹⁷⁹

El voto concurrente del juez Diego García Sayán, al cual se adhirieron cuatro jueces más, en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs El Salvador del 25 de octubre de 2012, analiza una amnistía dictada luego de un conflicto armado y de un proceso de negociaciones de paz. Pondera la tensión entre justicia y terminación de un conflicto armado en un contexto de paz negociada, del cual algunos extractos serán citados en el apartado siguiente, y señala que lo que prohíbe el derecho internacional son las amnistías generales y sin condiciones.¹⁸⁰ Por lo tanto a contrario sensu, amnistías parciales y con condiciones pueden ser permitidas de acuerdo a los estándares del derecho internacional.

Una amnistía parcial y con condiciones debe ponderar la justicia con la verdad y la reparación, ya que “los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, deben ser entendidos como interdependientes”.¹⁸¹ Una amnistía para que sea compatible con

178 Una amnistía es diferente de un indulto. La amnistía supone el perdón del delito mientras el indulto supone el perdón de la pena. La amnistía beneficia a un número plural de personas mientras el indulto beneficia a una persona concreta. La amnistía extingue la responsabilidad civil derivada del delito mientras el indulto no. La amnistía se otorga por una ley del Congreso de la República mientras el indulto se otorga por un acto administrativo del Presidente de la República. La amnistía extingue los antecedentes penales, mientras el indulto no lo hace necesariamente. La amnistía no requiere de una sentencia en firme para ser otorgada mientras el indulto sí.

179 Aunque pareciera existir una tendencia según el derecho convencional y en algunas prácticas judiciales, que sugiere que la prohibición en casos de graves violaciones de derechos e infracciones al derecho internacional humanitario está más dirigida a las amnistías que a los indultos, por ejemplo el numeral 5º del artículo 6º del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú, del 14 de marzo de 2001, solo hacen referencias a las amnistías y no a los indultos), la tendencia mayoritaria por parte de la jurisprudencia es prohibir tanto las unas como las otras. Véase Fundación para el Debido proceso legal, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, 2009, en particular los puntos 2 y 3 del Capítulo VI sobre decisiones estatales que dificultan la investigación, enjuiciamiento, y en su caso, sanción de crímenes de derecho internacional.

180 Véanse sobre todo los párrafos 1 y 8 de este voto razonado.

181 *Ibid.*, párr. 23.

el derecho internacional debe equilibrar “la eventual falta de castigo con una alta dosis de memoria y de verdad”.¹⁸² Ante una aplicación estricta y alta de los estándares de verdad y reparación, la justicia podría ser objeto de estándares no tan exigentes en aras de ponderar la justicia en un contexto de un proceso de paz. Tanto el Marco Jurídico para la Paz como las sentencias C – 79/13 y C – 577/14 de la Corte Constitucional que han declarado su exequibilidad, señalan que cualquier tratamiento penal especial tiene como prerequisite el esclarecimiento de la verdad y la contribución a la reparación de las víctimas. Aún más, el inciso quinto del artículo transitorio 66 constitucional aprobado por el Marco Jurídico para la Paz señala seis prerequisites para que una persona pueda beneficiarse de un tratamiento penal especial: “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

Sin embargo, la concesión de una amnistía parcial y con condiciones en el contexto colombiano se dificulta con el actual estado del delito político en Colombia. La Corte Constitucional en su sentencia C-456 de 1997 eliminó la posibilidad que contemplaba el anterior Código Penal, el Decreto 100 de 1980 (art. 127) de no imponer pena a un miembro de un grupo armado no estatal si mataba en combate a un miembro de la fuerza pública, siempre que no fuera con actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.¹⁸³ Habría que refundar el delito político para darle incluso sentido a los actos perpetrados en combate por los miembros de los grupos armados no estatales. La definición legal futura del delito político debe regular la amnistía sin olvidar las limitaciones establecidas por el derecho internacional. Una regulación de delitos conexos a delitos políticos como la rebelión y la sedición que estén vinculados y relacionados de manera directa con el conflicto armado y que no incluyan graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario puede ser objeto de una amnistía.¹⁸⁴

El artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2012, que incorporó el artículo transitorio 67 de la Constitución señala que “Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos consi-

182 Iván Orozco Abad, *Sobre los límites de la conciencia humanitaria, dilemas de la paz y la justicia en América Latina*, Universidad de Los Andes, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 256.

183 Sobre los efectos de esta sentencia véase Iván Orozco Abad, *El derecho internacional humanitario y el delito político: la agonía del delito político*, en Álvaro Villarraga Sarmiento, *Derecho Internacional humanitario aplicado. Casos de Colombia, El Salvador, Guatemala, Yugoslavia y Ruanda*, Tercer Mundo Editores, Colombia, 1998.

184 La ley 733 de 2002, por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones, señala en su artículo 13: Amnistía e indulto: “En ningún caso el autor o partícipe de los delitos de terrorismo, secuestro o extorsión, en cualquiera de sus modalidades, podrá ser beneficiado con amnistías e indultos, ni podrán considerarse como delitos conexos con el delito político, dada su condición de atroces”. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-695 de 200.

derados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”. La norma es clara en señalar que será una ley estatutaria la que defina cuales son los delitos conexos con el delito político excluyendo los crímenes de genocidio y lesa humanidad.

Según la Corte Constitucional “[l]os límites que se establezcan a la participación política no podrán tener fundamento en condenas impuestas por la comisión de delitos políticos o de aquellos que se consideren conexos a delitos políticos”.¹⁸⁵ Agrega la Corte:

No existe parámetro de naturaleza constitucional –ni derivado del texto de la Constitución, ni de algún cuerpo normativo que integre el bloque de constitucionalidad– que limite la libertad de configuración del poder constituyente constituido al momento de determinar qué delitos son conexos al delito político, para los precisos efectos de permitir la participación en política de quienes sean condenados por la realización de estas conductas.¹⁸⁶

Para que un miembro de una organización guerrillera participe en política debe no ser condenado por crímenes de genocidio o lesa humanidad, a menos que participe después de que cumpla la pena. Después que la persona pague la pena, ya sea la ordinaria o la ordinaria reducida con condiciones, si podrá participar en política.¹⁸⁷

Aunque la Corte Constitucional declaró exequible este artículo en su sentencia C – 577 del 6 de agosto de 2014, la sentencia no hace alusión de manera expresa a si pueden participar en política o ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por crímenes de guerra. El silencio de la Corte daría a entender en principio que si pueden participar en política quienes hayan cometido exclusivamente crímenes de guerra porque la norma en cuestión solo hace referencia al crimen de genocidio y a los crímenes de lesa humanidad.¹⁸⁸ El Marco Jurídico para la Paz con el aval de la Corte Constitu-

185 Corte Constitucional, Sentencia C-577/14, p. 141.

186 *Ibid.*, p. 151.

187 “[L]a participación en política de quienes han sido seleccionados y condenados por la comisión de delitos políticos o delitos conexos a los mismos, debe entenderse supeditada al cumplimiento de la pena impuesta, en los términos establecidos en el artículo transitorio 66 de la Constitución y de las demás obligaciones previstas en el mismo precepto superior”. Corte Constitucional, Sentencia C-577/14, p. 155.

188 La negativa de la ley a permitir a participar en política fue criticada por algunos magistrados disidentes de la propia Corte y por algunos intervinientes en el trámite de la demanda. Los magistrados Jorge Iván Palacio y Gloria Stella Ortiz, señalaron que “[e]n un escenario de justicia transicional no es legítimo marginar a perpetuidad de la escena pública a los excombatientes, por más graves y repudiables que resulten sus conductas, principalmente cuando la exclusión política ha sido una de las razones históricas del levantamiento armado de múltiples sectores de la sociedad colombiana”. Véase El Espectador, Salvamentos de voto al fallo que

cional jerarquiza los crímenes internacionales puesto que si excluye los crímenes de guerra es porque los considera menos importantes o menos reprochables, cuando no existe una jerarquía normativa entre los crímenes internacionales,¹⁸⁹ todos son ilícitos igualmente censurables y entre ellos no existe una diferencia de gravedad.¹⁹⁰

Sin embargo, los crímenes de guerra, que son infracciones graves al derecho internacional humanitario,¹⁹¹ no pueden considerarse como delito político¹⁹² o conexo al delito político porque no cumple con la finalidad del mismo, es decir no se justifica por "el beneficio superior de la sociedad". Si un crimen de guerra no puede considerarse como un delito político o conexo al delito político, tampoco no debería beneficiarse ni de los efectos jurídicos o políticos del mismo. Por lo tanto, una lectura coherente del Marco Jurídico para la Paz debería señalar además que no pueden participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos crímenes de guerra.¹⁹³

le dio visto bueno al Marco Legal para la Paz, 12 de agosto de 2014, <http://www.elespectador.com/noticias/paz/salvamentos-de-voto-al-fallo-le-dio-visto-bueno-al-marc-articulo-509471> (al 5 de noviembre de 2014). Hasta el 5 de noviembre no se conocía el texto oficial de estos salvamentos de voto.

189 Sobre la inexistencia de una jerarquía entre los crímenes internacionales véase Alejandro Ramelli, Arteaga, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*, GIZ, Universidad de los Andes, Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá, 2011, pp. 323 y 324.

190 Así lo ha sostenido la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, véase Juan Pablo Pérez-León Acevedo, *La responsabilidad internacional del individuo por crímenes de guerra*, Ara Editores, Lima, 2008, pág. 445.

191 Las infracciones graves se consideran crímenes de guerra (numeral 5º del artículo 85 del Protocolo I de 1977). Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: "Norma 156. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra". Véase Henkaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I, normas, Op., Cit.*, pp. 643 a 682.

192 "[S]i bien ha reconocido la libertad configurativa que tiene el legislador para establecer cuales delitos conexos al político podrán gozar de este beneficio, ha excluido expresamente conductas como el homicidio fuera de combate, el terrorismo, el secuestro y la extorsión utilizando parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y dejando clara la necesidad de respetar los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario". Corte Constitucional, Sentencia C-577/14, p. 117.

Aunque las infracciones no graves al derecho internacional humanitario si podrán considerarse como conexas al delito político ya que no son crímenes de guerra, lo que el derecho humanitario reprocha precisamente son las infracciones graves y toda transgresión que revista cierta seriedad es una infracción grave al derecho internacional humanitario. Los tribunales penales internacionales han señalado que: "... la violación debe ser "grave", es decir, debe constituir la infracción de una norma que protege valores importantes, y debe implicar graves consecuencias para la víctima. Así, por ejemplo, el hecho de que un combatiente se apropie de una lonja de pan en una aldea ocupada, no ascendería a "violación grave del derecho internacional humanitario", aunque puede concernir al principio básico establecido en el artículo 46, parágrafo 1, del derecho de La Haya (y de la regla correspondiente de derecho internacional consuetudinario), por lo tanto, la "propiedad privada debe ser respetada" por cualquier ejército que ocupa un territorio enemigo". (Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia, *Caso Tadic*, decisión del 2 de octubre de 1995, segunda instancia, párr. 94. Traducción no oficial de Rafael A. S. Prieto Sanjuán, *Tadic: internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual*, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2005, p. 144).

193 El proyecto de Acto Legislativo que modifica el Marco Jurídico para la Paz radicado el 11 de septiembre de 2014 por el representante a la Cámara Samuel Hoyos del partido político Centro Democrático, propone en relación con este artículo incluir los crímenes de guerra y eliminar la expresión "cometidos de manera sistemática".

Apartado 8

La responsabilidad del superior

El desarrollo actual del derecho internacional ha establecido diferentes formas para determinar la responsabilidad de los superiores o comandantes en casos de violaciones de derechos humanos. Las fórmulas más viables de cómo imputar crímenes de los subordinados al dirigente¹⁹⁴ son: la responsabilidad del comando o superior, la autoría mediata¹⁹⁵ y la empresa criminal conjunta.¹⁹⁶ La primera, que es la desarrollada por el derecho humanitario y que debe diferenciarse de las otras dos, señala que la posición del superior lo coloca en una posición de garante la cual tiene por consecuencia el surgimiento de determinados deberes de control, de protección o de vigilancia, cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión.

El inciso 3° del nuevo artículo transitorio 66 constitucional señala que: “Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la

194 Para consultar la aplicación de estas teorías de responsabilidad en el derecho comparado, véase Ambos, Kai (coordinador), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, GTZ, Editorial Temis, Bogotá, 2008. Desde el punto de vista del derecho penal internacional véase Ambos, Kai, *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional? Fundamentos y formas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

195 Una decisión judicial que presenta de manera muy clara la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la sentencia del 7 de abril de 2009 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, expediente A.V. 19 – 2001, casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE. Una crítica a esta providencia puede verse en Kai Ambos, Ivan Meini (editores), *La autoría mediata, el caso Fujimori*, Ara Editores, Lima, 2010. También sobre este tema véase Héctor Olásolo Alonso, “la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales: desde el caso Stakic hasta el caso Omar Al Bashir”, en Héctor Olásolo Alonso, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Instituto Iberoamericano de La Haya, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 159 y ss.

196 La teoría de responsabilidad penal individual de la empresa criminal conjunta se aplica en casos donde el responsable no ayudó, incitó o participó necesariamente en la comisión de un crimen pero contribuyó, de cualquier otro modo, a que dicho crimen fuera cometido. Esta teoría busca extender la responsabilidad a todos los miembros de un grupo criminal respecto de los delitos directamente cometidos por dicho grupo y también respecto de aquellos delitos cometidos por cualquier miembro de él, siempre y cuando tales acciones fueran previsibles y el individuo supiese que tales acciones le involucrarían en las actividades de la empresa criminal. Esta forma de responsabilidad fue reconocida por el Tribunal Internacional de Núremberg en el juicio de Almelo, juicio de Otto Sandrock y tres otros militares Británicos en el juicio de Crímenes de Guerra en I Law Reports of Trials of War Criminals, supra note 142, at 35, 40; Ver además, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Caso Tadić*, sentencia del 15 de julio de 1999, párr. 210 y sentencia del 7 de mayo de 1997, párr. 188.

connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; ...”.

Centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables como lo establece el Marco Jurídico para la Paz no es necesariamente contrario a los propósitos del Estatuto de Roma. La Fiscalía de la CPI viene aplicando una discrecionalidad en la investigación que en la práctica se traduce en la investigación y juzgamiento de los jefes y otros superiores sin distinción alguna basada en el cargo oficial (arts. 27 y 28 del Estatuto de la CPI). Serían pues pocos los eventuales candidatos a ser investigados y juzgados por este organismo, ya que el escenario se limita sobre todo a los comandantes. En los países que existen tribunales penales internacionales o se aplican otros modelos de justicia internacional, los miembros de rango medio y bajo en la jerarquía de las organizaciones alzadas en armas, son sancionados por la justicia nacional, sea esta ordinaria o especial.¹⁹⁷

La Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad sobre la expresión máximos responsables señaló en el punto 8.2.3 su sentencia C -579/14:

En consecuencia, un máximo responsable puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes de acuerdo al papel que la persona pudiese jugar dentro de la organización. De hecho, el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior “*Command responsibility*” o el dominio de aparato organizado de poder “*Organisationsherrschaft*”.

Por lo anterior, el concepto de máximo responsable no puede identificarse necesariamente con un autor excluyendo a los partícipes, ni con el autor de un delito agravado, ni con un líder, sino que depende de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y está relacionada con el concepto de macrocriminalidad para desmembrar la estructura organizada.*

Si bien no existe una definición unánime sobre el máximo responsable, los criterios que lo han definido en el Tribunal Penal para la antigua Ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional

197 Un análisis de la noción de máximos responsables con base en los estándares del derecho penal internacional puede verse en Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Op., Cit., p. 124 a 134.

* Véase Corporación Humanas, *La violencia sexual una estrategia paramilitar en Colombia*, Bogotá, 2013. Al 10 de noviembre del 2014: http://www.humanas.org.co/archivos/libro_La_violencia_sexualcompleto.pdf

tienen en común que a través de esta figura identifican a aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito.

Este concepto está relacionado con la doble imputación que implica todo crimen internacional, en el cual no solamente se investiga el *hecho individual* (imputación individual) sino también el hecho total ("*Gesamttat*") que describe el respectivo contexto colectivo de comisión (imputación colectiva).

En conclusión, a partir de los criterios internacionales anteriormente expresados se puede señalar que el máximo responsable es aquella personas que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico.

Algunos señalan que lo dicho por la Corte Constitucional es confuso y problemático. Confuso porque según la Corte Constitucional se puede tener un rol esencial sin ser un dirigente y la Corte no define que se entiende por dirigir o tener el control. Problemático ya que por su amplitud no permite reducir el número casos que se deben investigar.¹⁹⁸

Si se centran los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables como lo establece el Marco Jurídico para la Paz, sería factible proponer niveles de judicialización entre los superiores y los miembros de rango medio y bajo de las organizaciones guerrilleras. Esto no sería contrario al Estatuto Roma ni al derecho internacional de los derechos humanos.¹⁹⁹ La Corte Constitucional dice al respecto:

En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que

198 Gustavo Emilio Cote Barco y Diego Fernando Tarapués Sandino, *El Marco Jurídico para la Paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizada en la sentencia C-579 de 2013*, en Kai Ambos (Coord), *Justicia de transición y Constitución, análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Op., Cit., pp. 256 y 257.

199 El voto concurrente del juez Diego García Sayán, en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs El Salvador del 25 de octubre de 2012, señala entre otras: "... podrían diseñarse y encontrarse rutas para penas alternativas o suspendidas pero, sin perder de vista que ello puede variar de manera sustancial de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí se pueden derivar diferencias importantes entre los "ejecutores" y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección. El reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. ..." Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, sentencia del 25 de octubre de 2012, voto concurrente del juez Diego García Sayán, párrs. 30 y 31.

se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.²⁰⁰

Los diferentes modelos de justicia internacional, establecen sus propios criterios para señalar las responsabilidades de los superiores. La ley estatutaria debe evaluar esos criterios para hacer una mayor claridad al respecto, como por ejemplo los del Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia²⁰¹ y de la Corte Especial de Camboya,²⁰² así como los que viene aplicando la CPI, que incluso son más flexibles y no tan formalistas. La Sala de Apelaciones de la CPI revocó una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares por haber establecido una formulación muy rígida acerca de quién podía considerarse como máximo responsable:

Criterios considerados por la sala de cuestiones preliminares como la extensión regional o nacional del grupo, el carácter exclusivamente militar del grupo, la capacidad de negociar acuerdos, la ausencia de una posición oficial, la capacidad para cambiar y presentar una política, no están necesariamente relacionados directamente con la gravedad como se establece en el artículo 17 (1) (d). Ignoran las constituciones y las operaciones altamente variables de las diferentes organizaciones y podrían alentar a los responsables futuros para evitar la responsabilidad penal ante la Corte Penal Internacional, simplemente asegurándose de que no son una parte visible del proceso de toma de decisiones de alto nivel. Además, las personas

200 Corte Constitucional, Sentencia C-579/13, conclusión 9.6.

201 Para el Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia son relevantes el puesto en jerarquía, líder militar, paramilitar o civil; el liderazgo a nivel municipal, regional o nacional; el rol en decisiones estratégicas, el grado de responsabilidad en los actos, el grado de participación directa en los actos, el grado de control, el grado de conocimiento de los actos de los inferiores. Forum for International Criminal and Humanitarian Law, *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo (editor), segunda edición, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, p. 31, http://www.ficHL.org/fileadmin/ficHL/documents/FICHL_4_Second_Edition_web.pdf, (al 10 de noviembre de 2014). El nivel de liderazgo y la posición en las estructuras militares y jerárquicas, y el grado de responsabilidad de acuerdo con su nivel y modo de participación, su contribución y la importancia de su rol. Forum for International Criminal and Humanitarian Law, *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo (editor), segunda edición, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, p. 41. http://www.ficHL.org/fileadmin/ficHL/documents/FICHL_4_Second_Edition_web.pdf, (al 10 de noviembre de 2014).

202 Para la Corte Especial de Camboya el grado de responsabilidad se determina por: i) la posición en la estructura jerárquica; ii) el procedimiento seguido para su nombramiento en dicha posición; iii) su permanencia en el cargo; iv) el número de sus subordinados; v) su capacidad para dictar órdenes; vi) si las órdenes eran en efecto seguidas por sus subordinados; vii) el conocimiento efectivo de que sus subordinados estaban cometiendo crímenes, incluido el conocimiento específico sobre el número, el tipo y el alcance de los mismos, el tiempo y el lugar en el que fueron cometidos, así como su eventual carácter masivo; viii) la autoridad para negociar, celebrar o ejecutar planes; ix) el alcance temporal de su control; x) su capacidad de controlar el acceso al territorio; xi) su rol efectivo en la comisión de los crímenes, y xii) si sus superiores habían sido ya condenados.

Forum for International Criminal and Humanitarian Law, *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, Morten Bergsmo (editor), segunda edición, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, p. 107, http://www.ficHL.org/fileadmin/ficHL/documents/FICHL_4_Second_Edition_web.pdf, (al 10 de noviembre de 2014).

que no están en lo más alto de una organización pueden tener aún una influencia considerable y comprometerse a, o generar la comisión sistemática de delitos muy graves. En otras palabras, la predeterminación de inadmisibilidad por los motivos mencionados podría fácilmente conducir a la exclusión automática de los autores de los delitos graves en el futuro.²⁰³

203 Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, *Situation in the Democratic Republic of Congo: Judgement on the Prosecutor's appeal against the decision of the Pre-Trial Chamber 1 entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58"*, Número ICC-01/04-13 de julio de 2006, párr. 78, <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc183559.pdf>, (al 10 de noviembre de 2014).

Apartado 9

Las modalidades de la pena para los beneficiarios de la paz negociada

¿Es posible suspender de manera total la pena privativa de la libertad para agentes del Estado y miembros de las FARC – EP y del ELN que hayan cometido crímenes a partir del 1º de noviembre de 2002 que puedan ser de competencia de la CPI? ¿Son factibles las penas reducidas con condiciones, las penas alternativas, la suspensión condicionada de toda pena o la renuncia condicionada a la acción penal para agentes del Estado y miembros de las FARC – EP y del ELN que hayan cometido crímenes a partir del 1º de noviembre de 2002 que puedan ser de competencia de la CPI?

Los estándares actuales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario exigen establecer penas adecuadas y proporcionales a los responsables de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Solo de manera excepcional en procesos de justicia transicional se permite realizar algún tipo de ponderación entre los valores de la paz y la justicia con el propósito de no ser tan exigentes con dicho estándar internacional. Antes de la expedición del Marco Jurídico para la Paz, la Corte Constitucional en algunas decisiones ya venía avalando esa posibilidad a nivel interno.²⁰⁴

El cuarto inciso del artículo 1º del Acto Legislativo No. 1 de 2012 establece que:

“[S]in perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria... establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la

204 Por ejemplo en la sentencia C-715 de 2012, había señalado: "la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan".

pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”.²⁰⁵

Conforme a esta disposición, ante la respuesta obvia de sancionar con la pena ordinaria consagrada en la ley para quienes cometan crímenes de lesa humanidad y de guerra,²⁰⁶ el Marco Jurídico para la Paz, establece otras posibilidades que pueden agruparse como cuatro alternativas: la pena reducida con condiciones, la suspensión condicionada de la pena, la aplicación de sanciones extra-judiciales y de penas alternativas, y la renuncia condicionada de la acción penal. Para que un miembro de un grupo armado no estatal pueda beneficiarse de estos tratamientos punitivos, que son calificadas como un tratamiento penal especial, debe ir acompañado de otros seis prerequisites señalados por el inciso siguiente: “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.²⁰⁷

La ley estatutaria del Marco Jurídico para la Paz u otro modelo de justicia que sea aprobado como resultado de las negociaciones de paz, debe reglamentar de manera muy precisa estos prerequisites, en particular los que tienen que ver con el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas. Nuestro criterio es que por lo menos el reconocimiento de la responsabilidad debe ir más allá de una simples disculpas o de un pedido de perdón sino que se debe tratar de una declaración formal, pública y concreta que no niegue los hechos en cuestión, que por el contrario los reconozca de manera expresa, que rechace cualquier tipo de violación de derechos humanos e infracción al derecho humanitario, declaración que debe ir dirigida tanto a las víctimas directas y/o sus familiares como a la sociedad colombiana. Debe haber arrepentimiento y remordimiento en el reconocimiento de responsabilidad.²⁰⁸ Los aportes a la verdad no pueden estar circunscritos a

205 El proyecto de Acto Legislativo que modifica el Marco Jurídico para la Paz radicado el 11 de septiembre de 2014 por el representante a la Cámara Samuel Hoyos del partido político Centro Democrático, propone eliminar el siguiente texto: “establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extra-judiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena” y en su reemplazo agregar la siguiente frase: “con base en los criterios establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

206 Por las consideraciones atrás señaladas de que el genocidio es un crimen de muy particular y que muy seguramente no se ha perpetrado en Colombia o por colombianos a partir del 1 de noviembre de 2002, en este apartado no se hará referencia al crimen de genocidio.

207 El proyecto de Acto Legislativo que modifica el Marco Jurídico para la Paz radicado el 11 de septiembre de 2014 por el representante a la Cámara Samuel Hoyos del partido político Centro Democrático, propone agregar otro prerequisite que es el desmilitarizado y cambiar la expresión dejación por entrega.

208 Según Hannah Arendt son prerequisites indispensables para el perdón. Véase Claudia Hilb *Justicia, reconciliación, perdón ¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?* en Claudia Hilb, Philippe – Joseph Salazar y Lucas G. Martin (editores), *Lesas humanidad, Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del mal*, Katz, Buenos Aires, 2014.

un eventual acuerdo para obtener beneficios penales como son los acuerdos de contribución a la verdad establecidos por la ley 1424 de 2010 y deben ir mucho más allá de una simple confesión. Se trata de una verdad que sea adecuada y efectiva al esclarecimiento de las violaciones de derechos humanos y crímenes perpetrados así como de las estructuras que hicieron posibles esas violaciones. Es decir, se trata de una verdad judicial muy diferente a la que pretende una comisión de verdad, que está más cerca de una verdad histórica, política y ética.²⁰⁹ Del mismo modo deben diseñarse con sumo tino los mecanismos de contribución a la reparación, ya que si se asignan a la Unidad de Víctimas creadas por la ley 1448 de 2011, estos deben exigir contribuciones reales y que también sean adecuadas y efectivas dirigidas tanto hacia medidas de restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción como hacia las garantías de no repetición, todas con una vocación transformadora.

El artículo 66 transitorio constitucional establece que los agentes del Estado que hayan participado en el conflicto armado podrán gozar también de un tratamiento diferenciado. Si llama la atención que un marco jurídico que pretende el desarme, la desmovilización y la reintegración de grupos armados al margen de la ley, establezca que agentes del Estado puedan beneficiarse de medidas de justicia transicional.

La inclusión de este beneficio obedece a las presiones que sobre el particular venían realizando desde hace varios años las fuerzas militares colombianas. Los argumentos permanentes de que la justicia competente para investigar y juzgar las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario es la justicia penal militar, tema ya tratado en otro aparte de este documento,²¹⁰ así como las críticas a las decisiones de la justicia ordinaria cuando investigan, juzgan o sancionan a militares o policías comprometidos con violaciones de derechos humanos, son muestra de ello.²¹¹ Este sector quería y lo logró, que también los miembros de la fuerza pública se beneficien del Marco Jurídico para la Paz.

209 Debe evaluarse con cuidado si la futura comisión de verdad debe ser el organismo competente para recibir esas verdades judiciales, ya que este organismo debe tener como fuente principal recibir testimonios de víctimas y no victimarios; en caso se resuelva que la futura comisión de verdad lo haga, debe diseñarse un procedimiento que no ponga en riesgo a las víctimas, que no las revictimice y que en ningún momento monopolice recursos humanos y presupuestales que deben estar más dirigidas hacia ellas y no a los victimarios.

210 Véase, *infra* pp. 44 y ss.

211 Un ejemplo es la reacción del coronel (r) Alfonso Plazas Vega a la condena de 30 años de prisión por la desaparición forzada de varias personas en la toma del Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985. Señala que los miembros del grupo guerrillero M-19 organización que hizo la toma del Palacio de Justicia se beneficiaron de una amnistía, que los paramilitares que se sometieron a la Ley de Justicia y Paz están pagando condenas no superiores a los 8 años y él que es héroe de la patria fue condenado a 30 años de prisión. Sobre este particular puede verse el artículo de prensa "35 años", que hace referencia a que esta pena fue la impuesta al general Arias Cabrales también por los hechos de la Toma del Palacio de Justicia y que señala que no parece justo que los guerrilleros acaben con penas simbólicas mientras los militares pueden morir en la cárcel. Véase Semana, Los 35 años de condena a Arias Cabrales, 1 de noviembre de 2014 <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-35-anos-de-condena-arias-cabrales/407816-3> (al 10 de noviembre de 2014)

... [E]s posible pensar en mecanismos de justicia transicional para agentes estatales, pero siempre y cuando se admita que su propósito es desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, pues solo de este modo es posible asegurar las garantías de no repetición.²¹²

De la lectura del Acto Legislativo 1 de 2012 se infiere que los beneficios que pueden gozar los agentes del Estado que hayan participado en el conflicto armado están relacionados con los criterios de selección y priorización de la acción penal y con las modalidades punitivas señaladas por el mismo artículo constitucional. También como lo indica el mismo artículo 66, este tratamiento penal especial está sujeto al reconocimiento de responsabilidad, a la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas.²¹³ Se le debe adicionar a estos tres últimos prerequisites, el que contribuyan a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos, propósito que tiene su fundamento en estos tres deberes de responsabilidad, verdad y reparación.

En ese sentido es indispensable revisar algunos aspectos de la doctrina militar como la extensión del fuero penal militar, la existencia de ciertas directrices y manuales militares, la política incentivos para incrementar muertos en combate, entre otras.²¹⁴ Esta revisión debe ir acompañada de una depuración administrativa de agentes del Estado involucrados en violaciones graves de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.²¹⁵ Retomando el tema del tratamiento especial con penas diferentes a la ordinaria y las otras condiciones adicionales, dicha posibilidad está respaldada por algunos pronunciamientos del derecho internacional de los derechos humanos. El voto concurrente del juez Diego García Sayán, al cual se adhirieron cuatro jueces más, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador del 25 de octubre de 2012, analiza una amnistía dictada luego de un conflicto armado y de un proceso de negociaciones de paz, pondera la tensión entre justicia y terminación de un conflicto armado en un contexto de paz negociada, señala entre otras:

212 Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Op., Cit., pp. 149 y 150.

213 Deben tenerse en cuenta los comentarios realizados una página atrás sobre cómo deben ser establecidos estos prerequisites en la ley estatutaria.

214 Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Op., Cit., p. 150.

215 Véase Federico Andreu Guzmán, *Depuración administrativa de las fuerzas de seguridad por graves violaciones de derechos humanos*, mimeo, Bogotá, enero de 2014.

La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar.

De acuerdo al contexto derivado de la resolución del conflicto armado interno, pues, las sociedades pueden demandar que existan mecanismos complementarios al deber de justicia penal que satisfagan en mejor y mayor medida las aspiraciones de las víctimas. Las comisiones de la verdad, los instrumentos de reparación integral, los mecanismos de atención, la protección de las poblaciones vulnerables, depuraciones en el sector público y las reformas institucionales, son, entre otros, opciones que el legislador y el gobernante tienen sobre el curso de las políticas del Estado, en combinación con la aplicación de la justicia penal desarrollada en un marco de ponderación.²¹⁶

La Corte Constitucional en su sentencia C – 579/13 declaró exequibles este tratamiento especial y entre otras manifestó que:

... las penas alternativas y los mecanismos especiales para el cumplimiento de la pena como mecanismos ordinarios o de justicia transicional son plenamente aceptados por la comunidad internacional y además han sido estudiados precisamente por esta Corporación, llegando a la conclusión de que no vulneran ninguna norma constitucional, por lo cual menos aún pueden considerarse como una sustitución de la Constitución. Estos mecanismos se fundan en la necesidad de hacer compatibles la justicia con la reconciliación y la no repetición de las conductas a través de sistemas que estén enfocados en la finalidad preventiva de la pena más allá de la retribución...²¹⁷

La determinación de las penas es un factor relevante para el análisis de admisibilidad ante la CPI. Se distinguen tres momentos en los cuales puede resultar relevante el análisis de complementariedad en relación al proceso de determinación de la pena. Estos momentos son: la determinación *a priori* de la pena aplicable al delito concreto, la ejecución de la pena y la determinación ejecutiva de la pena. El primero corresponde al momento en que el legislador tipifica la pena, el segundo cuando el juez aplica la pena y el tercero cuando se ejecuta la pena.²¹⁸

216 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, sentencia del 25 de octubre de 2012, voto Corte Constitucional en su sentencia C – 579/13 concurrente del juez Diego García Sayán, párrs. 31 y 36.

217 Corte Constitucional, sentencia C–579/13.

218 Héctor Olásolo Alonso, *De Los riesgos y precauciones necesarias en la aplicación del principio de complementariedad por la Corte Penal Internacional: el estudio de la determinación nacional de las penas como objeto de análisis de admisibilidad*, en Ricardo Posada Maya (coordinador), *Delitos políticos, terrorismo y temas de derecho penal*, Editorial UniAndes, Bogotá, 2010, p. 201-254. El autor señala que la posibilidad de que la CPI utilice la determinación de la pena como un factor relevante para el análisis se puede evidenciar de la lectura del artículo 17.1c y 20.3 del Estatuto de Roma que indican que las sanciones impuestas

Para el Marco Jurídico para la Paz, la imposición de la pena depende del tipo del crimen cometido y del papel del victimario, ya sea miembro del grupo al margen de la ley en la organización a que pertenece o del agente del Estado, y de su vínculo con el delito perpetrado. Además habrá que tener en cuenta los criterios de selección y priorización. Con base en lo señalado por el Marco Jurídico para la Paz y lo establecido por la Corte Constitucional en su sentencia C-579/13, se formula la siguiente propuesta que combina las variables de la pena reducida con condiciones, la suspensión condicionada de la pena y la aplicación de penas alternativas, la renuncia condicionada de la acción penal y la aplicación de sanciones extra-judiciales.²¹⁹ Se trata de cinco posibilidades punitivas, combinadas con el tipo de crímenes y con algunos elementos a tener en cuenta en su selección y priorización y de acuerdo al papel del responsable ya sea miembro de un grupo al margen de la ley o agente del Estado (en las páginas 92 a 95 se incluye una tabla titulada “Posibilidades punitivas, tipos de crímenes, selección y priorización y niveles de responsabilidad” que resume la propuesta).

En primer lugar, se debe imponer la pena ordinaria establecida para los crímenes de lesa humanidad y de guerra para aquellos que no son beneficiarios del Marco Jurídico para la Paz como son los miembros de grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno y los miembros de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo. Además se debe imponer la pena ordinaria a los eventuales miembros de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y que no hayan dejado de las armas, o que no asuman la responsabilidad por los hechos perpetrados, o que no contribuyan al esclarecimiento de la verdad o que no contribuyan a la reparación integral de las víctimas, o que no contribuyan a la liberación de los secuestrados, o que no contribuyan a la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley. También se debe imponer la pena ordinaria a agentes del Estado que hayan perpetrado crímenes de lesa humanidad y guerra que no asuman su responsabilidad por los hechos perpetrados, o que no contribuyan al esclarecimiento de la verdad o que no contribuyan a la reparación integral de las víctimas o que no contribuyan a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos. La pena ordinaria es la pena establecida por la legislación penal colombiana que puede ser agravada o atenuada con base en las mismas disposiciones penales. Es decir, el miembro del grupo armado no estatal o el agente del Estado no podría recibir ninguno de los beneficios establecidos por el Marco Jurídico para la Paz.

por los tribunales nacionales no surtirán el efecto de cosa juzgada frente a la CPI cuando la pena impuesta responda a la intención de sustraer al acusado de responsabilidad penal y la pena no fue impuesta de manera imparcial o independiente y es incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia.

219 Otra propuesta de niveles de judicialización con su justificación puede verse en Rodrigo Uprimny Yépes, Luz María Sánchez Duque,

En segundo lugar, se debe imponer una pena reducida con condiciones para los máximos responsables de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y guerra cometidos de manera sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad. Los crímenes que por lo menos deben ser priorizados son las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra la mujer, el desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de menores. Esta imposición de pena reducida con condiciones en las mismas hipótesis sería para agentes del Estado que hayan sido máximos responsables y que hayan participado en el conflicto armado.

La gran inquietud es si la reducción de la pena puede llegar hasta el punto de no privar de la libertad a la persona. Algunos sostienen que por lo menos quienes por su posición en la organización y dominio del hecho tienen la mayor responsabilidad deben pagar una pena privativa de la libertad aunque sea reducida.²²⁰ Esa es la opinión también de la actual Fiscal de la CPI: "... una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas. Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera advertirle que se trata de una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con intención de someter a la persona a la acción de la justicia bajo los artículos 17(2)(c) y 20(3)(b). ...".²²¹

Las condiciones para establecer una pena reducida serían las que establece el propio Marco Jurídico para la Paz. Para los miembros de los grupos armados al margen de la ley: "la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley". Para los agentes del Estado: "el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento

Nelson Camilo Sánchez León, *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Op., Cit., pp. 142 y ss.
220 *Ibid.*, pp. 104 115 y ss.

221 Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Carta a la Corte Constitucional, 26 de julio de 2013., <http://www.ips.org/blog/cvieira/documento-fiscalia-cpi-sobre-cero-carcel-por-crimes-de-su-competencia/> (al 10 de noviembre de 2014)

de la verdad y a la reparación integral de las víctimas” y la contribución a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos. Si la persona no cumple con estas condiciones no se le debe reducir la pena.

Un punto de partida para establecer un parámetro de pena reducida debe realizar una evaluación integral de las penas establecidas por la ley 975 de 2005 que es de mínimo 5 años y no superior a 8 años. Cualquiera que sea la pena establecida, la tasación debe ponderar la naturaleza y el número de los crímenes, por una parte, con el cumplimiento de las condiciones, por la otra. A mayor cumplimiento de las condiciones menos pena y a menor cumplimiento de las condiciones más pena.

El cumplimiento de la pena deberá ser en pabellones especiales de los establecimientos de reclusión. No es de nuestro parecer que el domicilio del imputado sea un lugar adecuado para el cumplimiento de la pena, ya que se está haciendo referencia a crímenes graves que han afectado derechos personalísimos como son los crímenes de guerra y lesa humanidad.

Los miembros de grupos armados al margen de la ley o agentes del Estado que hayan sido condenados por la justicia colombiana por algunos de los crímenes priorizados y que han sido seleccionados, se les podría reducir la pena, siempre y cuando reconozcan su responsabilidad, contribuyan al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas. Incluso quienes estando privados de la libertad y satisfaciendo las anteriores condiciones, hayan cumplido la pena de prisión ya reducida, podrían beneficiarse de la libertad condicional.

En tercer lugar, se debe imponer la suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de penas alternativas para los miembros que no sean máximos responsables o sean de rango medio y bajo de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y guerra cometidos de manera sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad. Los crímenes que por lo menos deben ser priorizados son las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra la mujer, el desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de menores. También se debe imponer la suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de penas alternativas en las mismas hipótesis para los agentes del Estado que no hayan sido máximos responsables o de rango medio o bajo y que hayan participado en el conflicto armado.

Además, se debe imponer la suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de penas alternativas para los máximos responsables de los distintos grupos armados al

margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y que hayan cometido crímenes de guerra cometidos de manera no sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad. Lo mismo se predica para agentes del Estado que hayan sido máximos responsables y que hayan participado en el conflicto armado.

Al miembro del grupo armado no estatal o al agente del Estado se le puede suspender de manera condicional la ejecución de la pena establecida por la legislación colombiana, lo que significa que la persona no estaría privada de la libertad. Para que el miembro del grupo armado al margen de la ley no vaya ser privado de la libertad debe haber cumplido a satisfacción con “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”, señaladas por el Marco Jurídico para la Paz. Para que el agente del Estado no vaya ser privado de la libertad debe haber cumplido a satisfacción con “el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas”, señalados por el Marco Jurídico para la Paz²²² y también deberá contribuir a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos. También sobre el particular es importante tener en cuenta las obligaciones para el beneficiario de que trata el artículo 65 del código penal: “1. Informar todo cambio de residencia. 2. Observar buena conducta. ... 4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello. 5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena”.

La aplicación de penas alternativas podrían ser algunas de las establecidas en el artículo 43 del código penal como penas privativas de otros derechos distintos a la libertad personal como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, entre otras. Incluso podría pensarse en la combinación de algunas de estas penas alternativas como sería el confinamiento territorial de los miembros de las organizaciones guerrilleras y la participación en política, estableciendo que ellos solo pueden participar en política en ciertas regiones muy pre-

222 Para el International Crisis Group: “De conformidad de con el marco de justicia transicional, es apropiado que los agentes del Estado se beneficien de penas alternativas si hacen importantes contribuciones a la verdad y a la reparación. Sin embargo, al reconocer que la mayor responsabilidad es del Estado, sus agentes no deberían tener derecho a cumplir las penas en instalaciones alternativas. La concesión de cualquier beneficio de justicia transicional es controversial, ya que el Estado no está negociando, al menos formalmente, con sus propias fuerzas armadas. Sin embargo, las penas alternativas para agentes del Estado pueden justificarse.” Informe sobre América Latina nº 49, *La justicia transicional y los diálogos de paz en Colombia*, p. 32. Disponible en <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/latin-america/colombia/049-transitional-justice-and-colombias-peace-talks-spanish.pdf> (al 10 de noviembre de 2014)

cisas del territorio nacional.²²³ En la medida que la prohibición de participar en política ni de ser elegidos es solo para quienes hayan sido condenados por crímenes de lesa humanidad y de genocidio, conforme al artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2012, no se puede incluir como pena alternativa la pérdida absoluta de derechos políticos ni la prohibición de por vida del ejercicio cargos públicos.

Para la determinación de las penas alternativas, se deben tener en cuenta las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Estas Reglas buscan “alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito” (regla 1.4). La regla 8 sobre imposición de sanciones, señala:

8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda.

8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Las Reglas de Tokio recomiendan una serie de salvaguardias mínimas para su aplicación como son un régimen de vigilancia, duración, obligaciones, entre otras, así como estimulan la participación de la sociedad. Sobre este último aspecto la regla 17.1 señala que “[l]a participación de la sociedad debe alentarse pues constituye un recurso

223 Esta propuesta ha sido sugerida por el profesor Iván Orozco Abad.

fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad”.

Por su parte el principio III de Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante la Resolución 1 de 2008, señala que

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia.

Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.

La selección de qué pena alternativa establecer dependerá del caso concreto y debe ponderar la naturaleza y el número de los crímenes, por una parte, con el cumplimiento de las condiciones, por la otra. A mayor cumplimiento de las condiciones menos rigor en la imposición de penas alternativas y a menor cumplimiento de las condiciones más rigor en la imposición de penas alternativas.

En el caso de miembros de pueblos indígenas que hayan cometido delitos dentro de la jurisdicción indígena está podría ser la competente para establecer esas penas alternativas.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional²²⁴ que ha señalado que el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, son los límites al ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas.

La suspensión de la ejecución de la pena también aplicaría para máximos responsables de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno que hayan cometido crímenes de guerra de manera no sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad y a los agentes del Estado que hayan sido máximos responsables y hayan perpetrado crímenes de guerra de manera no sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad. Es decir, estas personas obtendrían inmediatamente su libertad, siempre y cuando reco-

224 Establecido por la Corte Constitucional en su sentencia T-349 de 1996, posición reiterada en posteriores ocasiones.

nozcán su responsabilidad, contribuyan al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas. Nada obsta que estas personas sean sujetas de penas alternativas, las que se aplicarán dependiendo de sus contribuciones a la verdad, a la reparación y al reconocimiento de responsabilidad.

Los miembros de grupos armados al margen de la ley o agentes del Estado que hayan sido condenados por la justicia colombiana por crímenes de guerra perpetrados de manera no sistemática priorizados y que han sido seleccionados, se les podría suspender la ejecución de la pena, siempre y cuando reconozcan su responsabilidad, contribuyan al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas. Incluso quienes estando privados de la libertad y satisfaciendo las anteriores condiciones, hayan cumplido la pena de prisión ya reducida, podrían beneficiarse de la libertad condicional. Al igual que en el caso anterior, nada impide que estas personas sean objeto de penas alternativas, las que se aplicarán dependiendo de sus contribuciones a la verdad, a la reparación y al reconocimiento de responsabilidad.

En cuarto lugar, se debe otorgar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de sanciones extra-judiciales para los máximos responsables y miembros de rango medio y bajo de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y guerra no seleccionados o que hayan perpetrado otras violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario distintas a los crímenes de lesa humanidad y guerra o que se trate de crímenes no priorizados. También se debe otorgar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de sanciones extrajudiciales en las mismas hipótesis para los agentes del Estado que hayan sido máximos responsables o de rango medio o bajo y que hayan participado en el conflicto armado.

Los miembros de grupos armados al margen de la ley o agentes del Estado que hayan sido condenados por la justicia colombiana por estos crímenes no priorizados ni seleccionados, se pueden beneficiar de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de sanciones extra-judiciales, siempre y cuando reconozcan su responsabilidad, contribuyan al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas.

También en estos casos, como se ha indicado para las hipótesis dos y tres, para que al miembro del grupo armado al margen de la ley se le apruebe la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de sanciones extra-judiciales debe haber cumplido a satisfacción con “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las

víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”, señalados por el Marco Jurídico para la Paz. Para que al agente del Estado se le otorgue la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y la aplicación de sanciones extra-judiciales debe haber cumplido a satisfacción con “el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas”, señalados por el Marco Jurídico para la Paz y también deberá contribuir a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos.

La renuncia condicionada a la persecución judicial penal está sometida de acuerdo a la legislación penal colombiana y se reiteran las obligaciones para el beneficiario de que trata el artículo 65 del código penal: “1. Informar todo cambio de residencia. 2. Observar buena conducta. ... 4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello. 5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena”.

La aplicación de sanciones extra-judiciales puede consistir en la realización de trabajos comunitarios²²⁵ en favor de las víctimas en regiones particularmente afectadas por el conflicto armado. Dichos trabajos pueden consistir por ejemplo en la construcción o mejoramiento de las vías de comunicación o en el desminado de lugares que contienen minas antipersona, u otros artefactos explosivos o residuos explosivos de guerra.

Un ejemplo medianamente exitoso de justicia restaurativa fue el sistema de justicia comunitaria tradicional impulsado en Ruanda denominado “*gaçça*” que impuso penas leves si la persona se arrepentía y se reconciliaba con la comunidad. Incluso fue muy frecuente que las personas que confesaran regresaran a sus hogares sin otra penalidad o que recibieran órdenes de prestar servicios a la comunidad.²²⁶ Otro ejemplo fueron los mecanismos de reconciliación impulsados por la Comisión de Verdad de Timor Oriental que establecieron también penas alternativas como el servicio comunitario:

225 Varios documentos internacionales hacen referencia al servicio comunitario como una medida alternativa a la privación de la libertad, sobre todo en el contexto africano como es la Declaración de Kampala sobre las condiciones penitenciarias en África, aprobada por el Seminario Internacional sobre las condiciones Penitenciarias en África, celebrada en Kampala del 19 al 21 de septiembre de 1996 y la Declaración de Kadoma sobre el Servicio a la Comunidad y recomendaciones del seminario denominado “Justicia penal: el problema del hacinamiento en las cárceles”, celebrado en San José de Costa Rica del 3 al 7 de febrero de 1997. También la Resolución 1999/26 del Consejo Económico y Social sobre la “elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia retributiva en materia de justicia penal”, señala como un ejemplo de justicia restaurativa la prestación de servicios a la comunidad.

226 Naciones Unidas, Programa de divulgación sobre el Genocidio en Rwanda y las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgjustice.shtml> (al 10 de noviembre del 2014)

El victimario debe especificar la comunidad en la que desea asumir un proceso individual de reconciliación y reintegración ... El procedimiento siguiente es liderado por un panel compuesto por el comisionado regional y representantes de la comunidad, quienes pueden otorgarle inmunidad por ciertos crímenes menores con la condición de que lleve a cabo un acto de arrepentimiento que sea acorde con los intereses de las personas afectadas por la ofensa original; por ejemplo, servicio comunitario, reparación, una disculpa pública, y/u otros actos de penitencia.²²⁷

En quinto lugar, se debe otorgar una amnistía parcial y con condiciones para los máximos responsables y miembros de rango medio y bajo de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno que hayan cometido delitos políticos y sus delitos conexos. En la medida que los indultos suponen el perdón de la pena y benefician a una persona en concreto, es posible otorgar esta medida para cualquier miembro de los distintos grupos armados al margen de la ley que haya sido parte en el conflicto armado interno y que haya sido condenado judicialmente por delitos políticos y sus delitos conexos. Las amnistías no aplican para los agentes del Estado ya que en el caso del conflicto armado colombiano ellos no han cometido delitos políticos. Como ya se indicó,²²⁸ se amerita refundar el delito político para incluir como delitos conexos a los políticos aquellos cometidos en hostilidades y propios del accionar armado que pretendan derrocar o impedir el libre funcionamiento del régimen constitucional y legal vigentes y que no sean infracciones graves al derecho internacional humanitario ni graves violaciones de derechos humanos.²²⁹

227 Amnistía Internacional, *Comisionar la Justicia. Las Comisiones de Verdad y la Justicia Penal*, Amnesty International Publications, 2010, p. 8., <http://www.amnesty.org/en/library/asset/POL30/004/2010/en/46206892-791e-45c5-a31f-ff069b369c0b/pol300042010spa.pdf>, (al 10 de noviembre del 2014)

228 Véase infra p. 70.

229 Deben entenderse como delitos conexos los delitos comunes cometidos como medio para perpetrar los delitos políticos. Dice el artículo 51 de la ley 906 de 2004, el código de procedimiento penal. *Conexidad*. Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuando: 1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal. 2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar. 3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro. 4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

Posibilidades punitivas, tipos de crímenes, selección

MODALIDAD PUNITIVA	TIPO DE CRÍMENES
La pena ordinaria.	Crímenes de lesa humanidad y guerra.
La pena ordinaria reducida con condiciones.*	Crímenes de lesa humanidad y guerra cometidos de manera sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad. Crímenes que por lo menos deben ser priorizados: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores.

y priorización y niveles de responsabilidad

MIEMBROS DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY

AGENTES DEL ESTADO

1. Miembros de grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno.
2. Miembros de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiriendo.
3. Miembros de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno beneficiarios del Marco Jurídico para la paz:
 - a. que no hayan dejado de las armas,
 - b. que no asuman su responsabilidad por los hechos perpetrados,
 - c. que no contribuyan al esclarecimiento de la verdad
 - d. que no contribuyan a la reparación integral de las víctimas,
 - e. que no contribuyan la liberación de los secuestrados,
 - f. que no contribuyan la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

- Agentes del Estado que hayan participado en el conflicto armado:
- a. que no asuman su responsabilidad por los hechos perpetrados,
 - b. que no contribuyan al esclarecimiento de la verdad,
 - c. que no contribuyan a la reparación integral de las víctimas,
 - [d. que no contribuyan a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos].

Máximos responsables de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno.

Cualquier miembro de los distintos grupos armados al margen de la ley que haya sido parte en el conflicto armado interno y que haya sido condenado judicialmente por alguno de estos crímenes priorizados y seleccionados.

Agentes del Estado que hayan sido máximos responsables y que hayan participado en el conflicto armado.

Cualquier agente del Estado que haya sido condenado judicialmente por alguno de estos crímenes priorizados y seleccionados.

MODALIDAD PUNITIVA

TIPO DE CRÍMENES

La suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de penas alternativas.

Crímenes de lesa humanidad y guerra cometidos de manera sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad.

Crímenes que por lo menos deben ser priorizados: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores.

La suspensión de la ejecución de la pena y la aplicación de penas alternativas.

Crímenes de guerra cometidos de manera no sistemática seleccionados de acuerdo a su gravedad y representatividad.

La renuncia condicionada a la persecución penal y la aplicación de sanciones extra-judiciales.*

Crímenes de lesa humanidad y guerra no seleccionados.

Otras violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario distintas a los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra.

Crímenes no priorizados.

Amnistía parcial y con condiciones.

Delitos políticos y sus delitos conexos.

Indulto parcial y con condiciones.

MIEMBROS DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY

AGENTES DEL ESTADO

Miembros que no sean máximos responsables o sean de rango medio y bajo de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno.

Agentes del Estado que no hayan sido máximos responsables o de rango medio o bajo y que hayan participado en el conflicto armado.

Máximos responsables de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno.

Se incluyen a los máximos responsables que hayan sido condenados judicialmente por alguno de estos crímenes.

Agentes del Estado que hayan sido máximos responsables y que hayan participado en el conflicto armado.

Se incluyen a los agentes del Estado que hayan sido máximos responsables y condenados judicialmente por alguno de estos crímenes.

Máximos responsables y miembros de rango medio y bajo de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno.

Cualquier miembro de los distintos grupos armados al margen de la ley que haya sido parte en el conflicto armado interno y que haya sido condenado judicialmente por alguno de estos crímenes no priorizados y no seleccionados.

Agentes del Estado que hayan sido máximos responsables o de rango medio o bajo y que hayan participado en el conflicto armado.

Cualquier agente del Estado que haya sido condenado judicialmente por alguno de estos crímenes no priorizados y no seleccionados.

Máximos responsables y miembros de rango medio y bajo distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno.

Cualquier miembro de los distintos grupos armados al margen de la ley que haya sido parte en el conflicto armado interno y que haya sido condenado judicialmente por delitos políticos y sus delitos conexos.

No aplica

*Siempre los miembros de los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno beneficiarios del Marco Jurídico para la Paz deben: haber dejado de las armas, asumir su responsabilidad por los hechos perpetrados, contribuir al esclarecimiento de la verdad, contribuir a la reparación integral de las víctimas, contribuir a la liberación de los secuestrados, y contribuir a la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

Siempre los agentes del Estado que hayan participado en el conflicto armado deben: asumir su responsabilidad por los hechos perpetrados, contribuir al esclarecimiento de la verdad, contribuir a la reparación integral de las víctimas, [contribuir a desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de dichos agentes en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos].

Otras condiciones para los beneficiarios de la suspensión de la ejecución de la pena y de la renuncia condicionada a la persecución judicial penal: Informar todo cambio de residencia, observar buena conducta, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello, no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Apartado 10

Los “intereses de la justicia” ante el proceso de paz

El artículo 53 1.c y 2.c del Estatuto de Roma establece la cláusula de los intereses de la justicia, mediante la cual el Fiscal de la CPI debe tener en cuenta para la investigación y el juzgamiento. Esta expresión no está definida por el Estatuto y los trabajos preparatorios no ofrecen claridad al respecto y por tal razón debe interpretarse con los criterios generales que ofrece la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y con base en los objetivos del propio Estatuto. Lo recomendable es interpretar cada situación o caso concreto de acuerdo a sus circunstancias específicas.

La política actual de la OF-CPI sobre el particular es que la discrecionalidad del Fiscal de la CPI es excepcional y está limitada por los propios objetivos del Estatuto como son la lucha contra la impunidad, la prevención de los crímenes internacionales y que existe una presunción a favor de la investigación y acción penal siempre y cuando se cumplan con los requisitos de competencia y admisibilidad.²³⁰ La Fiscalía de la CPI no tiene que demostrar que la investigación cumple con los intereses de justicia, sino que siempre debe proceder a menos que haya razones sustanciales para señalar que la investigación no cumple con los intereses de la justicia.

Entre los factores explícitos se consideran la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, las circunstancias del acusado y las respuestas de otros mecanismos judiciales. El Estatuto establece el requisito de la “gravedad suficiente” del crimen de que se trate, para que la CPI pueda ejercitar su jurisdicción de conformidad con el artículo 17.1.d); son factores que tiene en cuenta la Fiscalía de la CPI para evaluar la gravedad: la magnitud, naturaleza, modo de comisión e impacto.²³¹ Según el artículo 53.1.c. los intereses de las víctimas se inclinan a favor de la acción penal, se les debe garantizar su protección y fomentar un diálogo permanente con ellas y sus representantes. También se deben valorar la edad, la salud y el rol del acusado en la comisión del delito sin olvidar que se pretende investigar y sancionar a los máximos responsables. Finalmente

²³⁰ Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Policy Paper on the Interests of Justice*, septiembre de 2007, http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/ICC-OTP-InterestsOfJustice.pdf (al 10 de noviembre del 2014)

²³¹ Véase infra página 73. Kai Ambos, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional, estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Op., Cit., p. 158.

en relación con la justicia nacional, se reconoce el papel complementario que pueden desempeñar los procesos penales nacionales, la búsqueda de verdad, los programas de reparación y las reformas institucionales.

Las opiniones de la comunidad de derechos humanos y de los académicos sobre la interpretación de esta cláusula sobre los intereses de la justicia son disímiles. Algunas organizaciones no gubernamentales internacionales de derechos humanos hacen una interpretación más restrictiva en favor de la acción penal y algunos académicos realizan una interpretación más amplia para tomar en cuenta otros mecanismos e intereses más allá de lo penal. A continuación, se enumeran algunos de esos argumentos.

Amnistía Internacional señala que de acuerdo con el preámbulo del Estatuto de Roma, los intereses de justicia se respetan mediante la acción penal a menos que exista una justificación muy importante que diga lo contrario; si el Fiscal de la CPI hace valoraciones y consultas políticas estaría violando su independencia de acuerdo con el artículo 42(1) del Estatuto.²³² Human Rights Watch dice que una interpretación restrictiva es más acorde con los objetivos y propósitos del Estatuto, como es la lucha contra la impunidad; no investigar los crímenes más graves iría en contra de los mismos objetivos y principios del Estatuto ya que existe la obligación de investigar esos delitos; el Fiscal de la CPI no tiene porqué entrar en consideraciones políticas como son la paz y la seguridad internacional, potestad que le corresponde al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de acuerdo con el artículo 16 del ER.²³³ La Federación Internacional de Derechos Humanos manifiesta que hay que interpretar esa cláusula de acuerdo con los objetivos del Estatuto y si un caso cumple con los criterios de admisibilidad, sobre todo con la gravedad del crimen y la complementariedad de la Corte, cualquier decisión de no investigar iría en contra de los objetivos del propio Estatuto.²³⁴ Otro académico dice que el Estatuto establece una serie de limitaciones para evitar consideraciones políticas; si la Fiscalía no procede con la investigación a motu proprio, tendrá que informar a las personas que mandaron información de acuerdo con el artículo 15(6) del Estatuto; además cualquier decisión sobre no proceder por parte de la OF-CPI tendrá que ser aprobada por la Sala de Cuestiones Preliminares.²³⁵

232 Amnistía Internacional, *Open letter to the Chief Prosecutor of the International Criminal Court: Comments on the concept of the interests of justice*, 2005, p. 4 y 8. <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR40/023/2005/en/c1ebfa85-d4c0-11dd-8a23-d58a49c0d652/ior400232005en.pdf>, (al 10 de noviembre del 2014)

233 Human Rights Watch, *Policy Paper: The meaning of "the interests of justice" in Article 53 of the Rome Statute*, 2005, p. 7 a 12. http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2005_ICC_Interests_%20of_Justice.pdf, p. 7 a 12. (al 10 de noviembre del 2014)

234 Federación Internacional de los Derechos Humanos, *Comments on the Office of the Prosecutor's draft policy on the "interests of justice"*, 2006, Paris, http://www.fidh.org/IMG/pdf/FIDH_comments_-_interests_of_justice_-_final.pdf (al 10 de noviembre del 2014)

235 Dražan Dukic, *Transitional Justice and the International Criminal Court – in the "interests of justice"*, en *International Review of the Red Cross*, Volumen 98 Número 2007, p. 695-700, 715. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-867-dukic.pdf>, (al 10 de noviembre del 2014)

Otros autores tienen una interpretación más amplia. Uno opina que por mandato la CPI debe insistir en la acción penal menos en casos excepcionales donde según los intereses de justicia no estaría bien intervenir; el artículo 53(1) (c) permite que los intereses de justicia se impongan sobre los otros criterios.²³⁶ Otro señala que la justicia es un concepto amplio y que los objetivos de retribución y reconciliación con respecto a la justicia penal no son exclusivos; los intereses de justicia no se limitan a la justicia retributiva ya que incluyen también a la justicia restaurativa.²³⁷ Otro más dice que la experiencia de los tribunales internacionales demuestra que la efectividad de la justicia penal internacional y su impacto en la paz son moldeados por las estrategias políticas de resolución de conflictos; por ende la Fiscalía de la CPI debería usar su discreción para tomar en cuenta el contexto político en que el derecho penal internacional tiene que operar.²³⁸ Y otro más manifiesta que la noción de justicia en la expresión los intereses de justicia es amplia; no se centra sólo en el caso, ni se limita a la acción penal, sino incluye formas alternativas de justicia y una valoración global de la situación tomando en cuenta la paz y reconciliación como los fines de los procesos de transición.²³⁹

Aunque una negociación de paz puede beneficiar los intereses de la justicia, una eventual negociación de esta índole al interior de un Estado no es un obstáculo para que la CPI active su competencia. Por el contrario, el caso de Uganda ilustra que la Fiscalía decidió continuar con la investigación de la situación en ese país, cuando incluso el propio gobierno le solicitó la suspensión de la investigación para impulsar un proceso de negociación política con los actores armados. Las declaraciones de Joseph Kony, líder del grupo rebelde *Lord's Resistance Army* (LRA) de que era posible alcanzar un acuerdo de paz si la CPI retiraba la orden de arresto en su contra, no fueron suficientes para que la OF-CPI cambiara de actitud. El Fiscal de la CPI señaló que su compromiso con la lucha contra la impunidad no puede ser interrumpido por decisiones políticas. El proceso de paz fracasó y aunque las órdenes de captura de la CPI no fueron el único motivo para su ruptura si tuvieron un impacto significativo para su rompimiento. De manera paralela y ante tal situación, el Estado de Uganda empezó a reforzar su sistema penal nacional para perseguir crímenes graves, con la creación entre otras de una División de crímenes

236 Darryl Robinson, *Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commission and the International Criminal Court*, EJIL, Volumen 14 Número 3, 2003, p. 486-488 <http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf>, (al 10 de noviembre del 2014)

237 Joseph Yav Katshung, *The Relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions: Some Thoughts on how to Build a Bridge across Retributive and Restorative Justices*, 2005, p. 22-24, http://www.iccnw.org/documents/Interesto-fJustice_JosephYav_May05.pdf, (al 10 de noviembre del 2014)

238 Kenneth Rodman, *Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court*, en *Leiden Journal of International Law*, Volumen 22 Número 1, 2009, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=3627824> (al 10 de noviembre del 2014)

239 Kai Ambos, *The Legal Framework of Transitional Justice: Study "Workshop 4 – the Legal Framework"*, Conferencia Internacional "Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro", Nuremberg, 2007, p. 69 – 73. http://www.peace-justice-conference.info/download/Ambos_NurembergStudy_070512.pdf, (al 10 de noviembre del 2014)

de guerra en la Alta Corte de Uganda y de un Grupo de Trabajo de Justicia Transicional en el gobierno, pero esos esfuerzos tampoco han tenido éxito por lo menos en la captura de los líderes solicitados por la CPI. En este caso, los intereses de la justicia no han sido satisfechos ni por la justicia internacional ni por la nacional.²⁴⁰

La gran pregunta es si las actuales negociaciones de paz del gobierno colombiano con las organizaciones guerrilleras satisfacen la cláusula de los intereses de la justicia de la CPI. La respuesta no es fácil. Son cruciales los criterios que se tengan en cuenta para responder éste interrogante, que como se acaba de reseñar, no son unánimes. Todo depende de la reglamentación del Marco Jurídico para la Paz y de su consecuente aplicación o de otro modelo de justicia que se apruebe como resultado de las negociaciones de paz. El reto es que la ley estatutaria esté en armonía con los estándares internacionales y que no queden en total impunidad los crímenes de lesa humanidad y de guerra perpetrados durante el conflicto armado colombiano. Tanto el Acto Legislativo 1 de 2012 como los alcances de este Acto interpretado en las sentencias de la Corte Constitucional C – 579/13 y C-577/14, establecen unos parámetros que dan a entender que si se puede satisfacer esa cláusula de intereses de la justicia. En la medida que los criterios de selección y priorización así como tratamiento especial punitivo salvaguarde los derechos de las víctimas y que los beneficiarios del Marco Jurídico para la Paz contribuyan de manera efectiva y real al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas, pareciera que la cláusula de los intereses de la justicia está en principio satisfecha. Además la aplicación de penas alternativas o sanciones extrajudiciales u otras medidas de justicia restaurativas no son contrarias a la justicia transicional, máxime cuando esta busca precisamente construir una paz sostenible tras un período de conflicto armado o de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos. De manera más reciente una experta señala que el Fiscal de la CPI antes de actuar en una situación concreta debe tener en cuenta el impacto en las dinámicas locales, ser más flexible y tener una comprensión más amplia de los contextos nacionales, como puede ser una negociación de paz; la manera de evitar más crímenes es tener en cuenta los esfuerzos de paz creíbles y tener un concepto más integral de la justicia que incluya la verdad y la reparación para las víctimas.²⁴¹ El buen destino que puedan tener las negociaciones de paz en La Habana entre el gobierno nacional y las FARC, así como las eventuales conversaciones con el ELN, deben cristalizarse en unos acuerdos de paz, que ponderen el derecho a la justicia con los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario

240 Para la situación de Uganda puede consultarse a Michael Otim y Marieke Wierda, *Uganda: la búsqueda de la paz y la justicia bajo la sombra de la CPI*, en Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Transiciones en contienda, Dilemas de la justicia transicional en Colombia y en la experiencia comparada*, Bogotá, 2010, p. 253 a 277.

241 Priscilla Hayner, *¿La CPI promueve el interés de la justicia?*, en Open Democracy, 2014, <https://www.opendemocracy.net/openglobalrights/priscilla-hayner/%C2%BFLa-cpi-promueve-el-inter%C3%A9s-de-la-justicia> (al 10 de noviembre del 2014)

junto con garantías de no repetición. Los mismos acuerdos paz ya determinarán los parámetros de realización de esos derechos, criterios que hasta la fecha son los establecidos por el Marco Jurídico para la Paz y las sentencias de la Corte Constitucional. Será muy relevante la ley estatutaria del Marco Jurídico para la Paz. Está por verse que lo aprobado cumpla con los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. La palabra la tienen de manera inicial el gobierno nacional y las organizaciones guerrilleras quienes deben establecer las bases centrales de asumir los temas propuestos en este documento, posteriormente el reto lo tiene el Congreso quien deberá concretar mediante ley o leyes dichos acuerdos y también el gobierno con las reglamentaciones a que haya lugar, posteriormente la Corte Constitucional examinará la exequibilidad de tales leyes. La sociedad civil deberá ser participativa en todas estas etapas y siempre debe exigir una satisfacción efectiva y adecuada de los derechos humanos.²⁴² La definición que estas diferentes instancias realicen en torno a los intereses de la justicia, los derechos de las víctimas y la paz, determinarán el eventual papel que jugarán ante el país la CPI y otras instancias intergubernamentales. Solo empezaremos a vivir en una Colombia distinta cuando la dignidad humana sea respetada por todos y que el Estado la garantice de manera adecuada y efectiva. La paz no es la firma de unos simples acuerdos, pero ellos son un paso decisivo para alcanzarla. La resolución del conflicto armado siempre debe demandar el respeto de los derechos de las víctimas. Con verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición para los humillados y ofendidos se puede construir una humanidad más libre.

242 El proyecto de Acto Legislativo que modifica el Marco Jurídico para la Paz radicado el 11 de septiembre de 2014 por el representante a la Cámara Samuel Hoyos del partido político Centro Democrático, propone adicionar el párrafo segundo del artículo transitorio 66 con lo siguiente: "de igual manera la ley deberá garantizar la participación de las víctimas en los procesos que se surtan contra los presuntos responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, fijará los criterios para acreditar la calidad de víctima y los requisitos para determinar su participación en las diferentes etapas del proceso".

Conclusiones y Recomendaciones

ASFC quisiera formular las siguientes recomendaciones y conclusiones:

- Desde la perspectiva de los crímenes de competencia de la CPI, en el contexto colombiano, tanto los agentes del Estado como los miembros de los grupos guerrilleros han perpetrado crímenes de guerra y de lesa humanidad.
- Se debe adoptar un nuevo título en la parte especial del código penal que tipifique varios delitos como crímenes de lesa humanidad.
- A pesar de este vacío, en la parte considerativa de una decisión judicial se pueden calificar ciertas conductas como lesa humanidad, siempre y cuando se realice un análisis serio de cada uno de los elementos que constituyen el crimen y que la imputación en la parte resolutive sea por delitos consagrados en el código penal colombiano.
- La imprescriptibilidad no debe ser una consideración que conduzca a tipificar o no un delito como un crimen de lesa humanidad, sino que deben ser los elementos que constituyen el delito de conformidad con el artículo 7 del Estatuto de Roma con el objetivo de luchar contra la impunidad de crímenes internacionales y asegurar una mayor coherencia con lo establecido por el mismo ER.
- El actual Marco Jurídico para la Paz (MJP) puede crear una situación de impunidad con respecto a su tratamiento de los crímenes de guerra, otorgándole un efecto que no se corresponde con su finalidad. Con base en el derecho internacional, Colombia tiene la obligación de conocer de crímenes de guerra que no obedezcan a un plan o una política, a diferencia de lo que indica el Marco Jurídico para la Paz.
- Algunos de los crímenes de guerra perpetrados entre el 1° de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2009 pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad si se demuestra que dichas conductas fueron cometidas en un contexto de carácter generalizado o sistemático contra la población civil.
- Los criterios de selección y priorización deben aplicarse en un sentido restrictivo como una excepción, ya que la regla general debe ser la investigación y sanción de todos los delitos, y en ningún momento pueden relativizar o minimizar el debido proceso.

- El deber de garantía que tiene el Estado en luchar contra la impunidad se traduce en investigar las violaciones de derechos humanos, sancionar a sus presuntos responsables y reparar a las víctimas.
- La justicia penal militar conforme a los estándares internacionales no es competente para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. En caso contrario, se podría estar violando los estándares internacionales sobre independencia e imparcialidad en la administración de justicia.
- Una futura comisión de verdad para Colombia debe carecer de funciones judiciales y sus facultades en esta materia deben limitarse a recabar pruebas, preservarlas, ordenar la comparecencia de personas y ofrecerles unas garantías mínimas a dichos comparecientes.
- Una Comisión de la Verdad no afecta la eventual competencia de la CPI y por el contrario complementa su trabajo.
- Una eventual Comisión de la Verdad sería un instrumento importante para satisfacer los derechos de las víctimas.
- No se considera viable la creación de un tribunal penal internacional para Colombia. Cualquier otro sistema de justicia propuesto tendría que gozar de la legitimidad de las partes implicadas y cumplir con los estándares internacionales en materia de independencia e imparcialidad.
- Las personas que cometan crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma, no deben beneficiarse de una amnistía general o sin condiciones, ni de la participación en política hasta que cumplan la pena respectiva.
- Las amnistías parciales y con condiciones pueden ser permitidas de acuerdo a los estándares del derecho internacional, siempre y cuando equilibren la eventual falta de castigo o sanción con altas dosis de satisfacción de los derechos a la verdad y a la reparación.
- Se deben centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables como lo establece el MJP no es necesariamente contrario a los propósitos del Estatuto de Roma.
- La ley estatutaria del MJP debe evaluar los criterios internacionales para fijar las responsabilidades de los máximos responsables incluyendo la posición en la estructura jerárquica, el rol en las decisiones estratégicas, el grado de conocimiento de los actos de los inferiores y el grado de participación directa en los actos, entre otros.

- Tanto los agentes del Estado, como los miembros de grupos armados no estatales que hayan participado en el conflicto armado podrán gozar de los beneficios de un proceso de justicia transicional.
- Se debe reglamentar de manera muy precisa los prerequisites para la aplicación de penas reducidas con condiciones, penas alternativas, sanciones extrajudiciales y la renuncia condicionada de la acción penal, sobre todo con miras a la dejación de armas, el reconocimiento de responsabilidad y la contribución al esclarecimiento de verdad para desmontar los factores estructurales que posibilitaron la participación de los perpetradores en la comisión de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.
- Cualquiera que sea la pena establecida, la tasación debe ponderar la naturaleza y el número de los crímenes, por una parte, con el cumplimiento de las condiciones, por la otra. A mayor cumplimiento de las condiciones menos pena y a menor cumplimiento de las condiciones mayor pena.
- Para los máximos responsables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad de acuerdo con su gravedad y representatividad, la pena reducida con condiciones debe implicar la privación de libertad.
- La cláusula de intereses de justicia, prevista en el Estatuto de Roma de la CPI, puede interpretarse a partir de formas alternativas de justicia y haciendo una valoración global de la situación de derechos humanos teniendo en cuenta las negociaciones de paz en un proceso de transición. En principio, un sistema de justicia transicional como el propuesto por el Marco Jurídico para la Paz podría cumplir con la cláusula de intereses de justicia si cumple con todas las recomendaciones incluidas en esta sección.
- La jurisdicción universal permanece como un recurso para las víctimas de crímenes internacionales en Colombia, ya que otro Estado a través de una autoridad judicial se puede declarar competente para conocer de esos crímenes.
- La CPI deberá dar seguimiento continuo y a fondo de los temas propuestos en estas páginas y cómo serán resueltos por la ley estatutaria del MJP u otro modelo de justicia que se apruebe como resultado de las negociaciones de paz, en particular lo que tiene que ver con el tratamiento de las penas en relación con los crímenes cometidos y con los criterios de priorización y selección.
- La CPI deberá monitorear el modelo de justicia que se adopte en relación con el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas y las garantías de no repetición. ///

Notas



ASF Canada



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS
Canada

