

## **¿Las sanciones por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra en la Justicia Especial para la Paz son compatibles con el Estatuto de Roma?**

*Rubén Darío Escobar Cardona<sup>1</sup>*

### **Resumen**

Como objetivo general del artículo, se compararán las sanciones penales de la justicia ordinaria específicamente las señaladas en el Estatuto de Roma con las de la justicia Especial para la Paz, para los delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra.

Investigación desde una perspectiva cualitativa, con enfoque paradigmático hermenéutico utilizando un diseño de análisis documental; contrastando la legislación interna y en especial el Estatuto de Roma con la Justicia Especial para la Paz (JEP).

Se evidencia que tanto las penas como los enfoques de estas, pertenecen a diferentes perspectivas; las unas de carácter retributivo y las otras con una visión de carácter restaurativo o prospectivo.

Sobre la compatibilidad o contradicción de unas y otras, se puede concluir que las penas conocidas como Sanciones propias, son las únicas que podrían presentar dificultad, dependiendo de su efectividad en la implementación y verificación.

**Palabras clave:** Penas, sanciones propias, prisión, restaurativa, retributiva, transicional, jep.

### **Abstract**

As a general objective of the article, the penal sanctions of ordinary justice will be compared specifically those indicated in the Rome Statute with those of the Special Justice for Peace, for crimes against humanity and war crimes.

Research from a qualitative perspective, with a hermeneutical paradigmatic approach using a documentary analysis design; contrasting internal legislation and especially the Rome Statute with the Special Justice for Peace (JEP).

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en Casación Penal. Especialización en Semiótica de la Lengua Materna. Magíster en Reconciliación, Convivencia con Énfasis en Derecho Humanos y Victimología, Universidad Santo Tomás

It is evident that both the penalties and their approaches belong to different perspectives; some of a retributive nature and the others with a vision of a restorative nature.

On the compatibility of both, it can be concluded that the penalties themselves are the only ones that could present difficulty, depending on the effectiveness of their implementation and verification.

**Keywords:** Penalties, own sanctions, prison, restorative, retributive, transitional, jep.

## **Introducción**

A partir de la institucionalización de la Justicia Especial para la Paz (JEP) como parte esencial del componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), pactado en los acuerdos para la terminación de la confrontación violenta y armada del grupo terrorista FARC (EP) y el gobierno del régimen del mandatario J.M. Santos, en Colombia; se establecieron sanciones o penas de carácter diferente a la reclusión en establecimiento penitenciario, y se adoptaron otras bajo una perspectiva de carácter restaurativo.

Con el cambio de paradigma sancionatorio, es frecuente que las víctimas y algunos sectores de opinión, tengan una percepción según la cual, las penas propias establecidas en la JEP tal y como están propuestas conducen a la impunidad; pues ellas, podrían ser interpretadas como no genuinas a la luz del Estatuto de Roma. Dicho tratado de carácter vinculante para el Estado Colombiano forma parte del llamado Bloque de Constitucionalidad y por lo tanto se encuentra incluido como parte de la legislación interna. En este sentido diversos autores han señalado que las sanciones propias pueden resultar siendo laxas y generar impunidad.

Consideramos que la imposición de condenas meramente restaurativas y sumamente atenuadas por la comisión de crímenes internacionales por parte de los mayores responsables, independientemente de su reconocimiento de verdad y responsabilidad, no es sino un mero cálculo de oportunidad política que podría no respetar el Derecho Internacional. (Joana Loyo, 2017, pág.49).

El Estatuto de Roma señala que las penas para tales crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra deben ser genuinas y no aparentes. De los tres tipos de sanciones establecidas en la JEP, catalogadas como Propias, Alternativas y Ordinarias, solamente la primera, que no es privativa

de la libertad y se concreta a través de actividades de tipo reparador; ofrece motivo inquietud y es materia para la presente reflexión. Considerado lo anterior emerge válidamente la pregunta:

¿Las Sanciones propias señaladas en la JEP para los responsables de los delitos de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, son compatibles con las penas establecidas en el Estatuto de Roma para esta misma clase de delitos?

En desarrollo del objetivo general del presente trabajo, fue necesario comparar las sanciones penales señaladas en la Justicia Especial para la Paz con las del Código Penal y el Estatuto de Roma, para los delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra. En los objetivos de carácter específico se buscó: 1) Establecer las diferencias entre las penas de uno y otro estatuto. 2) Contrastar la naturaleza jurídica de la sanción para cada modelo punitivo. 3) Determinar la hipotética compatibilidad o contradicción entre las diferentes formas de penalidad y 4) Vislumbrar la validez de la purga de la pena o la posible impunidad.

Obligatorio, por lo tanto, el examen de los elementos constitutivos de dichas sanciones para verificar si pueden armonizarse y por lo tanto ser compatibles con la legislación internacional; lo anterior para disipar la natural prevención que le asiste a toda víctima y a la sociedad en general, cual es la de considerar tales penas propias como un remedo de sanción, y ser en realidad, simplemente un mecanismo encubridor y por ende fuente de injusticia al ser considerado como un aparente castigo.

Con el señalado propósito, se avocaron los documentos en que se plasman las diferentes formas de sanción, vistos a través de su naturaleza y función; a fin de establecer aquellos aspectos que permitan considerar si puede existir compatibilidad y armonización entre ellos, de cara a los fines perseguidos por uno y otro instrumento, siempre bajo la perspectiva de protección a la víctima y evitando la impunidad.

## **Metodología**

Con la intención de responder a los objetivos propuestos en el presente documento, se aborda la investigación desde la perspectiva cualitativa, con un enfoque paradigmático hermenéutico, utilizando para ello un diseño de análisis documental como son el contraste de los instrumentos que institucionalizaron la llamada justicia para el régimen de transición o Justicia Especial para la Paz (JEP), versus el Código Penal y el tratado internacional mediante el cual se adoptó en

Colombia el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) como parte de la legislación interna.

El primer aspecto del análisis se hará yuxtaponiendo los textos específicos relacionados con el tipo de penas aplicables para los delitos de Lesa humanidad y Crímenes de Guerra, contrastándolos entre uno y otro instrumento documental; a fin de encontrar sus diferencias y concordancias.

Para el segundo aspecto, se busca a la luz de la doctrina y de la teoría, el significado conceptual y los alcances de los términos señalados como esenciales e inherentes a la problemática planteada, acudiendo para ello entre otros medios a la jurisprudencia y el alcance dado por ellas en sus pronunciamientos jurídicos.

Finalmente, con los anteriores insumos se aborda la discusión sobre si entre las penas en uno y otro instrumento puede existir algún grado de compatibilidad o son totalmente contradictorias; encontrando que solamente a través de los mecanismos de implementación de las sanciones propias, de su control, seguimiento y verificación, se puede cumplir o no con su propósito o al verse fallido tal objetivo, abrir la posibilidad de activar la jurisdicción internacional.

## **1. Aspectos preliminares**

Una vez suscritos los documentos que integran los pactos y compromisos contenidos en el instrumento titulado Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, se dio inicio a una nueva era en materia de tratamiento legal, no solamente para aquellos miembros de la organización criminal conocida como FARC-EP, sino también para los miembros de la Fuerza Pública que con ocasión del llamado conflicto armado interno, hubiesen incurrido en graves conductas ilegales. Cubre el pacto también a aquellos terceros y otros agentes del Estado que de manera voluntaria acudan ante esta jurisdicción.

Los innumerables actos de violencia perpetrados contra los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, durante un lapso aproximado a cincuenta (50) años, en que incurrieron insurrectos y fuerza pública, son sometidos al tratamiento del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SVJRNR), elevado a categoría constitucional a través del Acto Legislativo No.01 del 4 de abril de 2017, que en el primer párrafo de su primer artículo reza:

Artículo transitorio 1°, Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), El Sistema integral estará compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición.

Uno de sus componentes esenciales es conocido como la Justicia Especial para la Paz (JEP), institución de carácter transicional, habida cuenta que la llamada Justicia Ordinaria, no posee la capacidad, ni logística, ni instrumental para investigar uno a uno todos los casos y situaciones en los que se quebrantaron las leyes nacionales e internacionales, y que se rigen por los parámetros de los enfoques retributivos. Surge un nuevo enfoque reparativo y su concepto básico se estableció en el artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2017, así:

Artículo transitorio 5°. Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Sus objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas.

Característica propia de la Justicia Transicional, frente a la descomunal tarea de juzgar la enorme criminalidad o la masificación de las acciones oprobiosas y violentas protegidas por el D.I.H. y los DDHH, es la de seleccionar grupos de casos, en el entendido de la incapacidad de atender como ya se dijo al juzgamiento de autores individuales y uno a uno todos los hechos. Se hace necesario entonces establecer criterios de selección y priorización, lo cual fue advertido y consignado en el documento legislativo en comento:

**Parágrafo 1°**, El Sistema Integral tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género, que corresponde a las características particulares de la victimización en cada territorio y cada población y en especial a la protección y atención prioritaria de las mujeres y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado. El enfoque de género y diferencial se aplicará a todas las fases y procedimientos del Sistema, en especial respecto a todas las mujeres que han padecido o participado en el conflicto.

La Justicia Especial para la Paz (JEP) escogió aquellos más graves y representativos; de los cuales hasta el momento se han abierto varios casos.

CASO 001. La SALA DE RECONOCIMIENTO DE VERDAD, DE RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS AUTO No.002 de 2018 Bogotá D.C., 04 de julio de 2018 Asunto: Avocar conocimiento del Caso No. 001, a partir del Informe No. 2 presentado por la Fiscalía General de la Nación, denominado “Retención ilegal de personas por parte de las FARC-EP”.

CASO 002 abierto el 10 de julio de 2018, que prioriza mediante el Auto 004 del 10 de julio de 2018, la grave situación padecida por la población de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas, en el Departamento de Nariño por hechos cometidos por las FARC-EP y la Fuerza Pública entre los años de 1990 y 2016.

CASO 003 abierto el 17 de julio de 2018, mediante Auto 005, la Sala de Reconocimiento a través de este auto resolvió:

1. AVOCAR el conocimiento del caso 003 a partir del Informe No. 5 de la Fiscalía General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz sobre “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”, con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, en los términos y por las razones expuestas en esta providencia.

CASO 004. La Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas mediante auto No.040 de 2018 emitido en Bogotá D.C., el 11 de septiembre de 2018 resolvió el siguiente Asunto: Avocar conocimiento de los hechos vinculados a la situación territorial de la región de Urabá en los municipios de: Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó, Mutatá y Dabeiba en el Departamento de Antioquia y el Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí, en el Departamento del Chocó, presuntamente cometidos de forma directa o indirecta en relación con el conflicto armado, por miembros de las FARC- EP Y DE LA Fuerza Pública, desde el 1 de enero de 1986 y con anterioridad al 1 de diciembre de 2016.

CASO 005 abierto el 8 de noviembre de 2018, mediante el auto 078 la Sala de Reconocimiento prioriza al decidir:

1. Avocar conocimiento de la situación, entre el primero de enero de 1993 y con anterioridad al primero de diciembre de 2016, en los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, 3 Toribío y Caldon, sin perjuicio de la aplicación del principio de conexidad por hechos, víctimas y presuntos responsables. 2. Decretar abierta la etapa de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas respecto a esa situación.

CASO 006. La Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP abrió el caso No. 006, denominado “Victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP) por parte de agentes del Estado”, a partir del Informe No. 3 presentado por la Fiscalía General de la Nación.

CASO 007 Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano, por medio del Auto N° 049 del 1 de marzo de 2019, se avoca el conocimiento del Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado como un caso priorizado por la SALA DE RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD Y DE DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y CONDUCTAS, la cual consideró principalmente en el punto 4 que: “...los hechos victimizantes cometidos contra personas menores de dieciocho años de edad engloban las acciones básicas de reclutamiento (esto es la conscripción o el enrolamiento de personas a las filas de los actores armados); inducción a integrar sus filas; el entrenamiento militar e, la obligación, de participar con el empleo de las armas en las hostilidades...”, en el punto 5, El reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado no solo incluye las anteriores conductas, sino que, de acuerdo con las reglas del derecho internacional humanitario y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, también otros comportamiento que pudieron haber puesto en riesgo la vida, la integridad física o psicológica y el desarrollo de niños y niñas, y que afectan sus derechos, a través del cumplimiento de funciones de apoyo, como por ejemplo, pero no exclusivamente, servir de correo, mensajero, cocinero, adelantar labores de espionaje o sabotaje; participar como señuelos, o en controles militares o ser víctimas de situaciones reiteradas de abuso”.

6. otras violaciones de derechos fueron propiciadas con la actividad del reclutamiento, tales como la violencia y esclavitud sexuales, las planificación y abortos forzados de los cuales las

niñas fueron las principales víctimas; la imposición de trabajos incompatibles con su condición de niños; la limitación de su libertad para abandonar las filas, o la imposición de castigos o penas crueles, inhumanos y degradantes que según los relatos contenidos en los informes que ha conocido la Sala, van desde la imposición de trabajos forzados hasta los fusilamientos”.

En este sentido y al revisar la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016, la Corte Constitucional en Sentencia C - 007 de 2018 concluyó que: "el numeral (tercero del artículo 281 se ajusta a la Constitución, por cuanto los criterios de selección y priorización son admisibles, y en tanto -de acuerdo con el Acto Legislativo N-º 01 de 2017 los criterios de selección serán los que fije el Legislador, mientras que los de priorización serán establecidos por la Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas ".

Como se puede apreciar, la selección y priorización de los casos más emblemáticos por parte de la JEP, en aquellos sectores en que la intensidad del sufrimiento fue mayúscula, es apenas una tarea que comienza, pero tan solo con uno de los mismos, se abre la posibilidad del conocimiento de la verdad plena sobre lo acontecido, sus partícipes, sus motivaciones, sus réditos y en fin, todas aquellas circunstancias que de alguna manera fueron extrínsecas e intrínsecas a la perpetración de tan execrables delitos.

Entre los criterios de priorización establecidos en la Ley Estatutaria de la JEP establece:

Artículo 19 Principio de Selección. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la JEP, aplicarán criterios para concentrar el ejercicio de la acción penal en quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos. Con respecto a las personas y hechos que no sean objeto de selección, se podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.

Constituyen criterios de selección:

1) Gravedad de los hechos: · Grado de afectación de derechos fundamentales individuales y colectivos; modalidad de la comisión de los hechos en términos de violencia y sistematicidad.

2) Representatividad: Efectos de la investigación y judicialización de los hechos capacidad de ilustración del modus operandi y/o prácticas o patrones criminales de los hechos.

3) Características diferenciales de las víctimas: Condiciones de vulnerabilidad y/o necesidad de adoptar medidas diferenciales de protección derivadas de patrones históricos, sociales y culturales de discriminación que se han identificado a partir de aspectos como: el origen étnico,



el género, la edad, la condición de discapacidad, la orientación sexual y la identidad de género y/o rol social de la víctima.

4) Características de los responsables: Participación o determinante en la comisión de los crímenes de competencia de esta jurisdicción y/o la prueba de su autoría y participación en los hechos concretos.

5) Disponibilidad probatoria: Calidad y cantidad de las pruebas disponibles, las requeridas para probar el hecho y su dificultad para conseguirlas”.

Como se puede apreciar todos los casos hasta ahora abierto incumben de manera directa con las graves violaciones a las disposiciones del D.I.H. y son Crímenes de Lesa Humanidad. Y con la aspiración de conocer las circunstancias de la manera más ajustada a la realidad de los hechos, establecer los partícipes, las causas, las motivaciones y en fin, todo el contexto o circunstancias de tiempo, modo y lugar de los acontecimientos con verdad plena, se sigue inexorablemente la de las sanciones. Frente a la clase de delitos contra la conciencia humana y de aquellos cometidos rompiendo los mínimos de guerra, se tienen unas sanciones en la legislación ordinaria y otras por vía del llamado Bloque de constitucionalidad, que forma parte del régimen interno y que es de carácter supletorio, en caso de no aplicarse la legislación ordinaria.

El enfoque de las sanciones en la actualidad viene cambiando con el transcurso del tiempo, como es lo natural y obvio “La penalización moderna está enmarcada por la disciplina y el trabajo. El adiestramiento de cuerpos y los espíritus, muy bien documentado por el Sr. Foucault, está indisolublemente vinculado a la creación de la penalización moderna”. (Christian-Nils Robert. 2014).

Es necesario examinar unos y otros, a fin de considerar la armonía o posibles contradicciones, entre aquellos y la novedosa propuesta de la Justicia Especial para la Paz.

## **2. Las sanciones comunes de la legislación ordinaria**

El régimen penal colombiano conocido también como la justicia ordinaria, en su Código Penal ha establecido el Título II los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

El concepto de persona protegida es el eje central de los bienes protegidos como el homicidio, las lesiones, la tortura, el acceso carnal violento, la esterilización, el embarazo, la desnudez, el

aborto, la prostitución, – estos cinco últimos en condición de forzados- la esclavitud sexual y trata de personas con fines de explotación sexual.

En cuanto a los medios y las maneras de ejecución de las acciones armadas, se establecieron como tipos penales: Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia, actos de terrorismo, actos de barbarie, los tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial, toma de rehenes, la detención ilegal y privación del debido proceso, el constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.

Con relación a los bienes, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción o utilización de bienes culturales y lugares de culto. El ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, las represalias, la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Los atentados a la subsistencia y devastación, la omisión de medidas de protección a la población civil, el reclutamiento ilícito, la exacción o contribuciones arbitrarias, y aquellos actos que conlleven a la destrucción del medio ambiente.

Ahora bien, todas y cada una de las sanciones para los anteriores delitos son para las treinta y seis (36) disposiciones establecidas en el título, tienen como penas principales la prisión, además la multa y en once (11) de ellas se añade la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. El artículo 35 del mismo estatuto define como penas principales así: “Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de los otros derechos que como tal se consagren en la parte especial”.

Para la justicia ordinaria, el concepto de prisión dentro de la dogmática del derecho Penal ha sido considerado así:

Esta sanción supone la reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario, en el que debe permanecer privado de la libertad y ser sometido a un régimen específico de vida. Sin embargo, lo anterior no significa que solo se le prive del derecho a la libertad de locomoción, puesto que, por ser inherente a la misma sanción, también se le imponen limitantes, en el plano de la libertad de expresión, de asociación, de reunión y de manifestación, amén de restricciones el goce de la libertad sexual, de otros derechos civiles o de prerrogativas de índole económica y familiar. Se trata de una pena que ha estado presente en todas las etapas del desarrollo del género humano y, para poner un ejemplo, ya existía la prisión por deudas en el derecho romano; es evidente que ella ha tenido

importancia mayúscula a lo largo de los últimos dos siglos, como lo prueba el hecho de su previsión generalizada en diversas legislaciones, aunque en los últimos decenios ha entrado en crisis y ha dado cabida a las penas pecuniarias y a otros sustitutivos. (Derecho Penal. 2009, Fernando Velásquez, pag.1040).

No es difícil descubrir que en todos los tipos penales relacionados con el Derecho Internacional Humanitario, nos encontramos con penas privativas de la libertad como pena principal. De los cuales solo 19 tipos penales de ellos tienen penas menores a los ocho (8) años y que hipotéticamente serían susceptibles en la justicia ordinaria, de ser exclusivas, de tener vocación para la prisión domiciliaria, esto es, no intramural en establecimiento carcelario.

La perspectiva de la imposición de la pena tiene además un carácter retributivo, así como lo señala el artículo 4° del Código Penal: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa...”.

Pero la legislación penal interna por vía de la constitucionalización del derecho debe atender conforme a la pirámide kelseniana, no solo a la punición de la violación los derechos constitucionales fundamentales, sino también a todas las contenidas en los tratados que en materia de derechos humanos forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad” y por esta vía de convencionalidad respetar los estándares de la Corte Penal Internacional (C.P.I.).

Luego, el reconocimiento de los principios en el sistema jurídico como estándares significa que de estos pueden derivarse obligaciones jurídicas, bien porque aquellos han quedado encuadrados e incorporados como normas tradicionales, o porque su vincularidad deviene de la afirmación de máximas de justicia y dignidad universales, como en las que se expresan los diferentes estándares convencionales a los que debe sujetarse el Acuerdo Final, sin desconocer el ordenamiento jurídico positivo, sino integrándolo para lograr el mayor alcance en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos y regular razonadamente las decisiones de los casos en que se presentan violaciones, vulneraciones y tensiones entre derechos e intereses dentro de una sociedad democrática que, como la colombiana, busca reconstruirse para lograr la convivencia, la tolerancia y la paz. (El concepto de convencionalidad. Santofimio Gamboa Jaime Orlando. 2018 pág. 288).

Todo lo anterior en el entendido que, si las disposiciones de nivel interno, tienen como eje la persona humana y las supranacionales también, tal confluencia solo redundará en amalgamar tanto el derecho nacional como el supranacional de una manera articulada, armónica y sistemática,

conformando un solo ordenamiento jurídico. Sendero cuyo final debe ser el mismo a pesar de las tensiones entre estos.

### **3. El estatuto de roma y sus sanciones**

Colombia en lo relativo a la regulación de la guerra y las hostilidades, ha adoptado muchos de los tratados internacionales, entre ellos los Convenios de Ginebra mediante la Ley 5ª de 1960, Ley 17 de 1930 sobre Derechos y Deberes de los Estados en confrontaciones de carácter civil, también a renunciar a la guerra como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas y a buscar tan solo por medios pacíficos el arreglo o solución de cualquiera diferencia que pueda surgir entre ellos, mediante Ley 29 de 1930, rechaza el empleo en la guerra de gases asfixiante, tóxicos y similares o bacteriológicos en guerra mediante la Ley 10 de 1980, en 1992 suscribió el Protocolo I de los Convenios de Ginebra y con la Ley 171 de 1994 el Protocolo II. La Ley 742 del 5 de junio de 2002 aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

Tal y como lo hemos señalado en otras oportunidades, este conjunto de normas ingresó al llamado “bloque de constitucionalidad”, y hace parte de la llamada “globalización de la justicia o globalización de la persecución a los macro atentados a nivel internacional.

Así pues, compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano con la firma o suscripción y posterior ratificación de tales instrumentos otorgan el carácter obligatorio a su cumplimiento por vía del bloque de constitucionalidad, el cual actúa en señalamientos mínimos y genéricos con respecto a las diferentes circunstancias que regula: en el marco de los derechos humanos, como barrera de contención del Estado, y en el marco del DIH, como mínimos regulativos del conflicto internacional y del conflicto no internacional. Empero, ambos son protección a la persona humana y, por ella, a los bienes que producen el concepto de protección”. (Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. 2001. Augusto J. Ibáñez Guzmán, pag. 657).

El documento obedece a una serie de esfuerzos para lograr el consenso de la comunidad internacional para el establecimiento de un organismo de carácter transnacional, que protegiera de manera efectiva de los crímenes contra la humanidad. El 1º de Julio de 2002 entra en vigencia

el Estatuto de la Corte Penal Internacional, como resultado de la ratificación de más de sesenta Estados.

La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad. (Sentencia C-578 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa).

Es que toda la batalla legal, se erige en contra de la impunidad de cara a los delitos que atentan contra la dignidad humana, a los actos de barbarie, ferocidad y salvajismo. Abarca todas aquellas acciones que al atacar la conciencia de la humanidad por su gravedad, afecta todas las naciones. Se conoce como el "*core delicta iuris gentium*" y cuya sanción incumbe a todos los pueblos por formar parte de ese cuerpo esencial de los crímenes que afectan a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones, pues son de la esencia misma de la persona humana, inmarcesibles e inalienables.

El Estatuto de Roma, al ser reconocido en el orden interno por vía del artículo 93 de nuestra carta política, por ser un Tratado Internacional en materia de Derecho Internacional Humanitario – D.I.H.- y por consiguiente también de Derechos Humanos –DDHH-, reconoce la competencia de la Corte Penal Internacional, sin que ello equivalga a la renuncia de la jurisdicción por parte de nuestro país en tratándose de juzgamiento para los delitos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o el crimen de agresión. Todo apunta al conocimiento, procesamiento y la sanción para los responsables y a evitar la impunidad. Es una jurisdicción complementaria en caso de que los Estados no puedan o no quieran hacerlo. Por otra parte, en ejercicio de su soberanía los Estados pueden establecer las sanciones y procedimientos penales con referencia a los delitos arriba mencionados y "...deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma" (Sentencia C-578). Quiere esto decir que en materia de sanciones, las mismas tienen que ser

compatibles con el Estatuto, pues de otra forma la Corte Penal Internacional (C.P.I.) podría ejercer su jurisdicción bajo el entendido, de la ineficacia del tribunal nacional y su resultado "Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte" (E.R. art. 20 num. 3 lit. a) o de considerarse que la situación decidida se realizó "...de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia" (E.R. art. 20 num. 3 Lit. b).

Es claro que, en tratándose de las sanciones, el artículo 77 del Estatuto de Roma, establece para los delitos de su competencia, esto es, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y el de agresión, la pérdida de la libertad mediante la reclusión.

DE LAS PENAS Artículo 77. Penas aplicables. 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Importante recalcar que el carácter complementario y supletivo del instrumento internacional, dentro del marco de la justicia ordinaria, no tiene discusión y no es el propósito de éste escrito abordarlo; en cambio la tensión surge, cuando es en el marco de la justicia de transición o especial para la paz, y su directa relación con las sanciones que se deban aplicar a quienes quebrantaron las normas contenidas en el D.I.H. y Lesa humanidad.

Ante el advenimiento de la jurisdicción Especial para la Paz –JEP- cobran vigencia las afirmaciones que premonitoriamente el Dr. Alejandro Ramelli Arteaga, actual magistrado del Tribunal de Paz en la multicitada institución, manifestara con respecto a la adopción del Estatuto de Roma, que modifica el orden penal nacional y el reto del *ius puniendi* del Estado Colombiano, y quien en su documento titulado *La corte constitucional frente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, señaló:

Estas reformas estructurales al sistema procesal penal, a nuestro juicio, deben no solo ser conformes con los estándares internacionales de la garantía a un debido proceso (arts. 8° y 9° de la Convención Americana sobre Derechos y 4° del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949), en término de su independencia e imparcialidad,

sino que además deben tener como norte dotar al país de una justicia ágil, efectiva y eficiente para combatir las más graves violaciones contra los derechos humanos y el DIH; y de esta manera, contar con los suficientes elementos defensivos para sostener ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, que no está, en un caso concreto, ante una situación de falta de voluntad para investigar y sancionar a los autores de estos crímenes o que nuestro Estado cuenta con los medios para adelantar una investigación efectiva en la materia, esto es, para que no opere el principio de subsidiaridad, el cual orienta el ejercicio de la competencia de la CPI (art. 17 del Estatuto de Roma).

Clara advertencia sobre la necesidad de una genuina voluntad por parte del Estado Colombiano para desplegar todo su aparato investigativo e imponer si es del caso las condignas sanciones, aspectos a considerar para una reforma en la justicia ordinaria y válida también para la transicional de paz.

#### **4. Las penas en la justicia especial para la paz**

La teleología de las penas para la justicia transicional de la JEP se encuentra anclada la Ley 1957 de 2019 Estatutaria de la JEP en el paradigma de la justicia prospectiva la dispone:

Artículo 4. Justicia Prospectiva. Con la finalidad prevalente de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, la garantía de los derechos de las víctimas y la no repetición, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará como paradigma orientador la Justicia restaurativa que busca privilegiar la armonía en el restablecimiento de relaciones de la sociedad, la restauración del daño causado y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

Tales penalidades son aplicables para los delitos que con ocasión o por causa y que además, tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado interno y que posean las connotaciones de ser crímenes de guerra, de lesa humanidad; se han dispuesto en el marco de los acuerdos, en las diversas categorías, dependiendo del aporte de reconocimiento y de verdad sea en una etapa inicial o temprana, tardía o de una negación frente a los mismos. Así en el Acto Legislativo 01 del 2017 se trazó el lineamiento general de las mismas indicando:

Artículo transitorio 13°. Sanciones. Las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener

la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62 Y en el listado de sanciones del subpunto 5.1 .2 del Acuerdo Final.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, concreta los novedosos lineamientos en el artículo 125, al señalarles un fuerte acento en su función de restauración de la mano de las reparaciones a los daños. Los artículos siguientes señalan los diversos tipos de sanción.

**ARTICULO 126. SANCIONES PROPIAS.** Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a todos quienes reconozcan responsabilidad y verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años.

**ARTICULO 128. SANCIONES ALTERNATIVAS.** Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la sección de enjuiciamiento, antes de que se profiera Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de cinco (5) a ocho (8) años. El período máximo de cumplimiento de sanciones alternativas por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho (8) años.

**ARTICULO 130. SANCIONES ORDINARIAS.** Las sanciones ordinarias que se impondrán a quienes comparezcan ante la JEP y no reconozcan verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a quince (15) años ni superior a veinte (20) en el caso de conductas muy graves. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones ordinarias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de veinte (20) años.

En cuanto a estas sanciones alternativas y ordinarias, son de carácter retributivo. Para la ordinaria se constituye en la más severa de las sanciones y conlleva una pérdida de la libertad durante un lapso que va desde los 15 a los 20 años. Se hacen acreedores de ella los



comparecientes que no acepten responsabilidad, no aporten a la verdad y sean declarados culpables por el Tribunal de Paz. Señalando que al ser aplicables las redenciones, subrogados y rebajas de pena por trabajo, estudio o capacitación; entran en la línea de mitigaciones de la ley ordinaria.

Como se puede apreciar a simple vista, la dificultad o tensión de las sanciones establecidas en el Estatuto de Roma y las penas propias de la justicia especial para la paz son en principio incompatibles, pues mientras que las establecidas en la legislación interna, incluidas las contenidas en los compromisos internacionales, la libertad se pierde; en la justicia de transición se establece solamente la restricción a la libertad - en las sanciones propias - o lo que es lo mismo, de permanecer en libertad con ciertas limitaciones. He aquí el quid del asunto.

## **5. Enfoque de las sanciones**

Es claro que las sanciones establecidas por la justicia ordinaria establecidas en el código penal, como también en el Estatuto de Roma, tienen un marcado acento en lo retributivo. Las penas usualmente y a través de la historia por esta clase de crímenes, llevan directamente a la prisión. Mantener tras las rejas a los perpetradores de crímenes atroces, de barbarie y ferocidad inaudita, parece que es el pago equivalente que la sociedad pretende darle a los autores de tan execrables conductas. Hacerle pagar en carne propia al autor de los sufrimientos infligidos a la sociedad, para que en medio de la serenidad de la prisión reflexione sobre sus conductas, recapacite y acepte su comportamiento como dañino para la población. La pérdida de la capacidad de circulación, el confinamiento y la neutralización de su capacidad para repetir las macabras prácticas, son en sí la razón de ser de la pena intramural destinada al autor y sus colaboradores.

Jean Hampton (2007) considera que “el castigo debe ser previsto como una vía para enseñarle al criminal que la acción que realizó es prohibida porque ella es moralmente mala, y no debe ser hecha por esta razón” (p. 143). En este sentido, el uso del castigo debe orientarse a que el delincuente, por medio de la comunicación, adopte una actitud reflexiva sobre sus acciones indebidas, las reconozca como actos contrarios a la ley y al derecho de los demás, y se comprometa con acciones de reparación. (JT y DPI. 2018. Cortés. pág. 75).

Para las víctimas de los crímenes, por lo menos es un alivio considerar que el criminal ya no puede continuar con su accionar delictivo, ya no puede causar más daño y sufrimiento, menos solazarse jactancioso de su proceder inaceptable. La prisión asegura a la sociedad que quien tiene la capacidad destructiva ya no puede desplazarse para realizar otras conductas y su retención le permite conforme a las políticas criminales o bien recuperar su sentido social para volver a la misma o si es a perpetuidad, servir de escarmiento y disuasión para quienes pretendan emprender una aventura similar, pues la ley, el aparato judicial y punitivo se encuentran vigentes y actuantes.

La prisión como protección social, en la prevención del daño posible, en el castigo y a través del dolor que pretende enderezar el comportamiento torcido dentro de las normativas sociales y del comportamiento adecuado en la comunidad. Es la preservación de los mínimos de convivencia.

Un nuevo enfoque se presenta con la mirada puesta en la víctima pero que también considera de manera diferente al autor de los actos criminales.

Toda la Justicia para la Paz se ha centrado en la víctima, que usualmente en todos los sistemas penales se ha visto relegada a un papel secundario en la medida que era la majestad del Estado y la sociedad mediante la ley, quienes reclamaban en primer lugar el “ius puniendi”, dejando olvidado o relegado en segundo plano al ofendido.

Desde otra perspectiva, en cuanto al autor, y considerando que las causas de los crímenes se deben a una especie de disfuncionalidad ajustable y esa irregularidad del comportamiento de un miembro de la sociedad puede ser ajustada, reorientada o reorganizada. Se examina al delincuente y se propone un método fundamentado en lo reparativo, se busca recuperar la funcionalidad armónica de la sociedad por medio de esquemas de participación, de cooperación y de reinserción a la sociedad, por medio del compromiso personal y el aporte a lo comunitario orientado a la población víctima. Se hace énfasis en el aporte de reparación por el daño por medio de acciones a favor de la polis, que van desde reconocer su actuación, contar la verdad de lo sucedido, sus motivaciones, los beneficios que obtuvo, el daño que causó; el reconocimiento que tales acciones son delictuales y vergonzosas, el pedir perdón a las víctimas directas y a la sociedad, además de manifestar el propósito de enmienda para que tales conductas no se vuelvan a presentar. Por su parte el Estado al faltar a su deber de garantizar la seguridad, deberá hacerse cargo de las indemnizaciones de carácter pecuniario para las víctimas.

Con esto se resume una idea central de la justificación del fin de la pena en la justicia transicional. No se debe castigar de forma pasional, vengativa, retributiva, sino de forma reflexiva en función del mejoramiento del autor mediante la resocialización o en función del aseguramiento de los otros. Sobre esto Platón afirma: “El que castiga de forma racional castiga, no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo ya haya sucedido deje de suceder, sino las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan cómo es castigado. (Francisco Cortes. P. 74).

Los dos enfoques señalados se ponen en tensión, al considerarse por una parte, que el castigo debe ser traducido en la reclusión del autor en establecimiento carcelario y por la otra, la sanción propia, que canjea la verdad y la reparación a cambio de una restricción de la libertad. Es por ello por lo que:

En la justicia transicional se da una profunda tensión entre la justicia y la paz, entre el derecho y la política, entre una justicia retributiva que mira hacia el pasado y una justicia restaurativa que mira hacia el futuro. Pero la justicia transicional debe ser comprendida como justicia porque surge en determinados momentos políticos de crisis o de transición, y tiene que resolver la difícil tarea de encontrar un punto de equilibrio entre quienes reclaman desde la justicia retributiva castigar a todos los criminales y quienes reclaman impunidad absoluta y pretenden que no haya ningún tipo de castigo (Justicia transicional y derecho penal internacional. Kai ambos, Francisco Cortes y John Zuluaga. Prólogo p. 26).

Es éste nuevo panorama que con relación a la sanción ha puesto sobre la discusión la Sanción Propia diseñada en la Justicia Especial para la Paz.

Al respecto es importante destacar la relación entre el instrumento internacional y la legislación nacional. En el mismo control por parte de la Corte Constitucional sobre el Estatuto de Roma señaló:

16. Precisión sobre la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno.

Del análisis material anterior se aprecia que las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Por ejemplo, ningún juez penal nacional adquiere en virtud del Estatuto de Roma la facultad de imponer la pena de

reclusión a perpetuidad. Sólo puede hacerlo la Corte Penal Internacional en ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, cuando se den las condiciones y se cumplan los requisitos en él previstos.

...

Por lo tanto, resulta procedente advertir que, como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia. Esto será recogido cuando se resuman las declaraciones interpretativas en el capítulo V de la presente providencia. (Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 200)

La anterior precisión despeja cualquier duda sobre la validez de la aplicación de normas internas de manera preferente y en el ámbito natural del Estado parte.

## **6. Penas propias e impunidad**

Visto lo anterior y a la luz de los compromisos en el orden internacional y del orden nacional y dado que como ya se ha señalado, los tratados Internacionales en materia de derechos humanos forman parte del orden interno por mandato constitucional, no queda sino examinar si el desconocer las penas de prisión contenida para esta clase de delitos graves y las Sanciones Propias en el marco de los acuerdos para dar finalización al conflicto, son una especie sofisticada y artificiosa forma de impunidad.

A propósito de este aspecto la organización internacional observadora de Human Right Watch, a través de su vocero José Miguel Vivanco con relación a las sanciones manifestó el 21 de diciembre de 2015:

El acuerdo, anunciado por los negociadores del gobierno y las FARC en La Habana el 15 de diciembre de 2015, establece que un nuevo Tribunal para la Paz se ocuparía de juzgar a responsables de graves delitos cometidos durante el conflicto armado. Los responsables de delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra que cooperen con el nuevo sistema

judicial y confiesen estos actos recibirían una pena máxima de ocho años en “condiciones especiales” que supondrían la “restricción efectiva de la libertad.

El acuerdo contiene numerosas alusiones a la justicia, la rendición de cuentas e incluso a restricciones efectivas de la libertad”, señaló José Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch. “Sin embargo, un análisis minucioso del texto revela numerosas ambigüedades, omisiones y lagunas que convierten a tales referencias, en el mejor de los casos, en promesas vacías.

El gobierno y las FARC anunciaron en septiembre que las sanciones bajo “condiciones especiales” no supondrían penas de prisión. El acuerdo del 15 de diciembre asegura que “en ningún caso” estas condiciones consistirán en “cárcel o prisión” ni en “medidas de aseguramiento equivalentes”, y limita todas las restricciones a la libertad a aquellas que sean “necesarias” para ejecutar proyectos de “reparación y restauración”.

Ningún tribunal internacional ha permitido que aquellos que han sido condenados por crímenes de guerra puedan evitar la prisión por crímenes tan graves”, observó Vivanco. “Este nuevo acuerdo va incluso más allá y garantiza que no enfrentarán un castigo ni siquiera remotamente serio.

No imponer una sanción o imponer una de tal clase, que no se sienta como pena o aflicción, es burlar el sentido de retribución al delito y bajo esta forma claramente existe impunidad. No obstante, si es precisamente el objetivo de la pena recuperar al individuo perdido para hacerlo útil a la sociedad, ese no es el único camino. Si la función de la pena fuera solamente el castigo, no habría forma de modularla, pero si la función finalmente tiene como propósito la resocialización, el camino puede ser diferente, porque se trata de buscar retribuir, resarcir de algún modo y por este medio resocializar, convergiendo los dos sistemas de pena al mismo punto.

En consecuencia, ese latente y oculto sentido de venganza, del viejo Código de Hamurabi con su “ojo por ojo y diente por diente”, la delectación de quien se regocija con el sufrimiento del causante del daño no hace sino rebajarse a su mismo nivel. Precisamente el elevamiento de la condición moral estriba en superar la animalidad para ascender a la racionalidad o si se quiere a la mística de una proyección espiritual. Superar el viejo concepto de retaliación, de retribución por el de resarcimiento reparador, nos permite avanzar en un sentido humanitario y de

perfección. Vencer la naturaleza vindicativa y sustituirla por una reparativa no es tarea de fácil comprensión y es de mayor dificultad en la aceptación de este modelo de régimen sancionador.

Vale la pena considerar que:

Respecto de los anteriores puntos la Corte Penal Internacional ya se ha pronunciado a través del vicesfiscal, admitiendo que los estados tienen autonomía para implantar “las sanciones alternativas penales” con las que se debe castigar a los actores de la confrontación armada interna. No obstante, existen parámetros que deben seguirse debido a los compromisos adquiridos a nivel internacional. Igualmente el Estado colombiano tiene la discrecionalidad para elaborar el modelo de justicia transicional más conveniente en la búsqueda de su objetivo de paz.

Las penas alternativas diferentes a la prisión también son compatibles con los parámetros internacionales en materia de delitos de lesa humanidad, pues, como ya está claro el propio Estatuto de Roma deja un margen de discrecionalidad a los países para establecer penas alternativas serias que sean diferentes a la privación de la libertad cuando las circunstancias lo ameriten, el Estatuto tampoco prescribe un determinado tipo de pena o duración específica de las mismas que los estados deban imponer.

Los deberes internacionales de persecución y sanción de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional no llevan necesariamente la aplicación de penas de prisión como tampoco lo hace el Estatuto de Roma, la determinación de la sanción y su gravedad pertenecen al margen de apreciación del legislador, limitados por el principio de proporcionalidad de la pena y el cumplimiento de los fines a esta en el Estatuto de Roma”. (Justicia Especial para la Paz. Defensoría del Pueblo. Los acuerdos de paz en Colombia de cara a los estándares internacionales y al Estatuto de Roma. Aranguren Bautista Ana Mercedes, 2016, pag. 196).

No obstante, podría considerarse que el constante reconocimiento social de señalamiento para quienes ejercen tareas de reparación es de por sí un continuo reproche y recordatorio de sus actividades criminales; lo que constituye un repudio social, un estigma permanente e indeleble que marcará la vida del condenado y posiblemente de su familia. Solo un comportamiento nuevo en los procederes reparativos ganará la confianza y restituirá el tejido social lesionado.

Por otra parte en el control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional en la Sentencia 080 de 2018, respecto de la seriedad de la sanción propia y del propósito de no encubrir la verdad generando impunidad menciona:

El artículo 128 aplica varios mandatos constitucionales establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2017, particularmente en el artículo transitorio 13, según lo expuesto en el acápite sobre tratamiento penal especial y, en concreto, la sanción propia como tratamiento penal aplicable para el caso de delitos no amnistiables, siempre que hubiere habido reconocimiento de responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.

Adicionalmente, la norma encuentra fundamento en el inciso octavo del artículo transitorio 5, en cuanto replica su contenido, según el cual, para acceder a los tratamientos penales especiales es requisito *sine quo non* “*aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición*”, entendiéndose satisfecho este requisito cuando el relato de las conductas cometidas y las circunstancias de su comisión es exhaustiva y detallada

Aquí cabe aclarar que la obligación de ofrecer verdad por parte de los responsables contiene dos obligaciones. Una la que tienen como testigos, en la cual, como indica la norma constitucional citada, no supone la obligación de reconocer responsabilidad, pero sí la de dar toda la información sobre la comisión de los hechos. Una segunda obligación es la de reconocer responsabilidad sobre los hechos que hayan cometido conforme a las diferentes modalidades de comisión, ya sea autor, autor mediato, coautor, instigador o determinador y cómplice; incluyendo las formas de responsabilidad por cadena de mando contempladas en el Estatuto de Roma, así como en las normas aplicables del proyecto de Ley Estatutaria. En todos los casos en que la persona sometida a la JEP sea responsable, deberá reconocer dicha responsabilidad para acceder a las sanciones propias.

De esta manera, la norma constitucional que señala que la obligación de decir la verdad no implica la de reconocer responsabilidad sólo aplica cuando los sometidos a la JEP actúan en calidad de testigos o concurren a ella para desvirtuar los hechos por los que eventualmente hubieren sido condenados o acusados. Sin embargo, esta modalidad también exige aportar verdad plena para acceder a la sanción propia.

En caso de que las autoridades judiciales de la JEP comprueben que una persona sometida a la JEP incurrió en falsedad, tanto en las narraciones como en los medios de prueba

aportados, “*perderá el tratamiento especial*”, conforme al régimen de condicionalidad, según lo establecido en inciso octavo del art. transitorio 5 Acto Legislativo 01 de 2017.

Finalmente, el inciso segundo del artículo, que reproduce de manera textual el numeral 60 del literal I –punto 5- del Acuerdo Final, se ajusta a la Carta Política, en línea con los argumentos anteriores, con fundamento en el artículo transitorio 13 del Acto Legislativo 01 de 2017. El Legislador Estatutario atiende el Acto Legislativo al señalar como máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, ocho años, y al estipular que esta sanción comprende restricciones efectivas de libertades y derechos, -tales como la libertad de residencia y movimiento- que sean necesarias para su ejecución, con plena observancia de la garantía de no repetición. De esta manera se acoge la obligación del Estado colombiano de garantizar una sanción efectiva, que a la vez implemente las dimensiones restaurativas y de reparación de la justicia transicional.

## **7. Régimen de control de la restricción de la libertad**

Es en torno al aspecto de la reglamentación y régimen de la restricción de la libertad, que radica el aspecto fundamental sobre la credibilidad de las sanciones propias, para considerarlas como de carácter genuino y no aparentes.

He aquí el verdadero meollo del asunto en cuestión; pues de la organización y control en el desarrollo de esta alternativa, depende el reconocimiento como pena. Si se trata de un confinamiento a un territorio o área específica, con el propósito de cumplir tareas de satisfacción a la comunidad, en calidad de reparación o resarcimiento, dicha tarea deberá contar con los protocolos necesarios para la observancia de los fines propuestos. La delimitación de la zona de trabajo, las actividades de reparación, la duración de esta, la trazabilidad entendida como ese número de acciones, procedimientos, actuaciones, y todas aquellas medidas que al registrarse, permiten conocer la historia de un resultado. Al respecto la Ley Estatutaria (art.127) para el caso de las penas propias objeto del presente trabajo determinó ese aspecto.

Para la determinación de dichas condiciones, los magistrados deberán aplicar los siguientes criterios:

- a) Fijarán de forma concreta los espacios territoriales donde se ubicarán los sancionados durante los periodos horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del



Sistema, que tendrán un tamaño máximo equivalente al de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización.

b) Fijarán los horarios de cumplimiento de las sanciones restaurativas.

c) Durante los periodos horarios de ejecución de la sanción, cualquier desplazamiento del sancionado para atender actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, deberá ser autorizado por la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz;

d) En la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada, durante el período de su ejecución.

e) Si durante el período de cumplimiento de la sanción se impusiera la realización de distintos proyectos, el Tribunal irá determinando en cada caso los distintos lugares de residencia del sancionado.

....

g) Indicarán al órgano que verifique el cumplimiento de las sanciones la periodicidad con la que deberá rendirle informes sobre la ejecución de la sanción”.

En sus parágrafos 1 y 2 se establecen los lugares para los miembros de la Fuerza Pública, con la fijación de su residencia en Unidades Militares o Policiales cercanas al lugar de cumplimiento de la pena. Los indígenas, en los territorios ancestrales.

Ese procedimiento de control en el cumplimiento de la pena a través de la reparación inmaterial deberá ser minuciosamente planificado, controlado y supervisado, contar con los medios idóneos facilitados por el gobierno a través de los entes encargados de realizar las tareas de reparación, en la medida que en el documento de condena se hayan establecido las expectativas de las víctimas frente a éste tema.

El control de la movilidad del condenado puede ofrecer algún tipo de prevención, pues en territorios rurales, tal tarea se hace prácticamente imposible dada la incapacidad tecnológica o de personal de control. Los brazaletes electrónicos pueden ofrecer algún tipo de seguridad en ese tipo de vigilancia de la movilidad, con las anomalías, las intermitencias y las limitantes tecnológicas.

Al respecto la corte constitucional se pronunció así:

Como se dijo allí, estamos ante un tipo de justicia en el que, bajo la circunstancia del pleno cumplimiento de las condiciones del SIVJRNR, los perpetradores asumen su responsabilidad

ante la JEP, ante las víctimas y la sociedad. Por su cumplimiento del régimen de condicionalidad y su contribución voluntaria a la finalización del conflicto armado, acceden a las sanciones propias, que se caracterizan por ser sanciones que no son exclusivamente retributivas, es decir, los responsables no estarán en condiciones convencionales de privación de la libertad, sino que tendrán una *efectiva* restricción de derechos, esto es, no podrán movilizarse libremente y deberán desarrollar un proyecto restaurativo autorizado por la JEP, después de haber permitido la participación activa de las víctimas. La sanción y el proyecto se deberán ejecutar en cumplimiento de precisas condiciones de horarios, lugar de residencia, delimitación de los espacios territoriales y definición de salidas para el desarrollo de otras actividades derivadas del cumplimiento del Acuerdo Final, incluyendo la participación en política. La ejecución de la sanción y la supervisión del proyecto son de responsabilidad del Tribunal para la Paz con el apoyo de la misión de Monitoreo y Verificación de las Naciones Unidas. De esta manera la sanción será retributiva porque implica restricción de derechos y libertades bajo estrictas condiciones de supervisión durante el tiempo en que dicha sanción deba ser cumplida. A la vez, la sanción será restaurativa, pues permitirá el cumplimiento de funciones reparadoras por parte de los responsables, partiendo de su reconocimiento de responsabilidad, y siguiendo con el desarrollo de proyectos de interés social y de reparación”. (Corte Constitucional Sentencia 080 de 2018).

Por tanto, sin la coordinación y efectivo cumplimiento de supervisión de las diferentes entidades encargadas de dar cumplimiento a los mínimos requisitos que pretenden cumplir con el cometido de la reparación por parte del condenado, podría considerarse tal situación como el incumplimiento por parte del Estado de una sanción genuina y por ende las consecuencias ya pronosticadas.

## **Conclusión**

Si la esencia de la imposición de la sanción como ejercicio del control estatal a través del derecho de castigar está regido por el concepto del principio pro homine, tanto la actividad de la justicia ordinaria como en la justicia transicional, es razonable entender que la finalidad de las diversas formas de corrección del infractor concurre al mismo fin.

En efecto, a pesar de la visión retributiva y escarmentadora según la cual se privilegia el castigo directo y corporal de la sumisión al confinamiento de una prisión, aún allí, se guarda la expectativa por parte de la sociedad, de una rehabilitación del ser humano, en la medida en que se castiga el acto y no el autor. No obstante la pena de prisión, de ausencia a espacios de libre circulación por el autor del hecho punible y su aislamiento del contacto social en libertad plena de locomoción y relación, tiene como propósito la rehabilitación del convicto, su reeducación y resocialización.

Finalmente el artículo 80 del Estatuto de Roma, se refiere de manera concreta a la aplicación de las penas por los países parte del acuerdo y su legislación nacional, dejando claro que: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.” Lo anterior simplemente significa que se respeta la soberanía nacional, sin que le sea exigible una copia al carbón de los delitos y de las penas que en tal instrumento internacional se han relacionado.

Así pues no cabe duda de que se ha dejado un camino abierto para que los Estados mantengan su propia regulación, que en el caso presente no busca eludir el sometimiento del criminal de guerra o lesa humanidad a la acción de la justicia en flagrante desconocimiento del artículo 17 numeral 2 literal a del Estatuto romano.

En el modelo de la sanción propia a cambio de la verdad plena, exhaustiva y completa, de su manifestación de arrepentimiento y solicitud de perdón, se inicia inmediatamente una actividad reparadora en el conglomerado victimizado y la sociedad en general, formando parte de la purga de su pena.

Así pues, en términos teleológicos, la pena tanto en el Estatuto de Roma como en las penas propias de la JEP que pretenden lo mismo y aquí existe plena compatibilidad. Difiere en cuanto al camino para alcanzarla, en una se tiene algo más parecido a la venganza, a la satisfacción en el sufrimiento y en el ostracismo moderno; en la otra cosmovisión, el compareciente se encuentra con su propia vergüenza, hace catarsis y ejecuta labores de reparación directa, con quienes fueron sus víctimas, además del valioso aporte a la verdad y su compromiso de no repetición.

En fin, siempre habrá descontento de una u otra parte entre los involucrados por la justicia transicional, “Como el fin de los conflictos o situaciones de disturbios suelen generar raramente solo un ganador o perdedor. Esta situación ideal es mitigada por numerosos factores que conducen a la aceptación de las sanciones limitadas (no falsificadas). Este podría ser el precio a pagar para iniciar con la reconstrucción y la reconciliación. Uno puede entender que este tipo de razonamientos puede ser difícil de aceptar, pero esto es parte de la realidad”. (Philippe Xavier 2014).

Ahora bien, el interrogante inicial debe resolverse en el sentido que el Estatuto de Roma no es una camisa de fuerza para los Estados; pide sanciones genuinas y no prescribe las formas de hacerlo, razón por la cual las Sanciones Propias se encuentran enmarcadas bajo esta condición flexible. Solo cuando no las hay y de manera supletoria es aplicable el Estatuto internacional.

Las sanciones en sus finalidades son compatibles, pero la órbita de aplicación de las unas y las otras, se realiza en ámbitos diferentes; pues mientras en la justicia nacional se hace en el marco de la ley interna, en la otra se hace bajo la jurisdicción internacional supletoria, por vía de garantía a las víctimas, al no cumplir el Estado parte con su obligación frente a los crímenes graves punto de referencia.

Para el caso colombiano y solo si la ejecución de las sanciones carece de las condiciones exigidas en su control y vigilancia, tarea que corresponde al Tribunal de Paz podría válidamente plantearse la posibilidad de la intervención de la C.P.I. en la medida en que no se garantice su implementación y verificación en el cumplimiento de las condenas, corroborando el pleno acatamiento a las sanciones propias; pues en ese caso no habría una ejecución genuina de la pena.

### **Referencias bibliográficas**

- Ambos K., Cortés F. y Zuluaga J. (2018). Prólogo. Justicia transicional y derecho penal internacional Bogotá. Editora Géminis S.A.S, pág. 26.
- Aranguren Bautista A. M. (2016). Los acuerdos de paz en Colombia de cara a los estándares internacionales y al Estatuto de Roma. Justicia Especial para la Paz. Defensoría del Pueblo. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia, pág. 196.

Congreso de Colombia. Acto Legislativo N° 01 de 4 de abril de 2017 Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia. Acto Legislativo N° 01 de 7 de julio del 2017 Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera.

Congreso de la República. (2012). Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Ley 599 de 2000 por el cual se expide el Código Penal. Título II. Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá. Sigma Editores Ltda., pág. 251.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Constitución Política de Colombia Bogotá D.C.; Imprenta Nacional. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Corte Constitucional. Sentencia C-007 (1° marzo 2018). Magistrado Ponente Dra. Diana Fajardo Rivera. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-578 (30 de julio de 2002). Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>

Corte Penal Internacional. (2003). Estatuto de la Corte Penal Internacional. Compilación de Derecho Penal Internacional El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Panamericana Formas e Impresos S.A., pág. 70.

Cortés Rodas F. (2018). El fin de la pena en la justicia transicional. Justicia transicional y derecho penal internacional. Bogotá. Editora Géminis S.A.S., pág. 75.

Christian Nils Robert (2014). El papel de la sanción dentro de la visión integrada de la justicia y la reconciliación. Justicia y Reconciliación un enfoque integrado. Instituto Internacional de Derecho Humanitario. Bogotá. Equión Energía Limited, pág. 103.

Gobierno de Colombia-FARC-EP (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Disponible en:

- <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Ibáñez Guzmán A. J. (2011). Delitos contra las “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” (a propósito de la configuración de los delitos “contra la humanidad”). Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Bogotá. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia., pág. 657.
- JEP (2018). Preguntas frecuentes sobre la JEP. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Servicio-al-Ciudadano/preguntas.aspx>
- Loyo Cabezudo J. (2017). La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad? Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal – ANIDIP., pág. 49. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/viewFile/5669/3715>
- Philippe Xavier (2014). Violación del principio de proporcionalidad entre la gravedad del crimen y el peso de la sanción en sistemas de justicia de transición. Justicia y Reconciliación un enfoque integrado. Instituto Internacional de Derecho Humanitario. Bogotá. Equión Energía Limited, pág. 119.
- Ramelli Arteaga, A. (1). La Corte Constitucional frente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Derecho Penal Y Criminología*, 22(71), 133-146. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1099>
- Santofimio Gamboa J. O. (2018). El concepto de convencionalidad vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de los derechos humanos ideas fuerza rectoras. Bogotá. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, pág. 288.
- Velásquez F. (2009). Derecho Penal. Bogotá. Panamericana Formas e impresos S.A., pág. 1040.
- Vivanco J. M. (2015). Colombia: un acuerdo de impunidad. El pacto entre el gobierno y las FARC sacrifica el derecho de las víctimas a la justicia. Human Rights Watch. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/22/colombia-un-acuerdo-de-impunidad>