

**SISTEMAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA
“DE NÚREMBERG A LA JEP”
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**

**TESIS PRESENTADA
COMO REQUISITO PARA OBTENER EL TÍTULO
DE MAESTRÍA EN: DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DIH
ANTE ORGANISMOS, TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES**

**AUTOR:
JUAN CARLOS JATIVA HERRERA
ASESORA: LINA MEJÍA TORRES**

**BOGOTÁ
2019**

**SISTEMAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA
“DE NÚREMBERG A LA JEP”**

**Tesis Presentada por:
JUAN CARLOS JATIVA HERRERA**

Ante la Universidad

Santo Tomas

**Como requisito para optar al título de
MAGISTER EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DIH ANTE
ORGANISMOS, TRIBUNALES Y CORTES INTERNACIONALES**

**BOGOTÁ
2019**

LISTA DE ABREVIATURAS

C.D.I	Comisión de Derecho Internacional
C.J.	Consejo de Seguridad
D.I.H	Derecho Internacional Humanitario
D.I.D.H.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas
T.I.M.R.	Tribunal Internacional Militar de Ruanda
T.I.M.Y.	Tribunal Internacional Militar de Yugoslavia
T.N	Tribunal de Núremberg
E.R.	Estatuto de Roma.
CPI.	Corte Penal Internacional.

Dedicatoria

Quiero dar gracias a Dios, por brindarme esta oportunidad para crecer intelectual y espiritualmente, a mi madre María Fabiola Herrera, por su compañía y apoyo sereno, a mi incansable asistente Dra. Marisol Arce por todo su apoyo, y a mi entidad la Defensoría del Pueblo la cual me ha permitido conocer de mejor manera la realidad colombiana, y aplicar estos conocimientos.

Contenido

Introducción	1
Capítulo 1	4
Contexto	4
Capítulo 2	8
Experiencias Internacionales en caso de Justicia Transicional	8
2.1 Aportes Tribunal de Núremberg	12
2.2 Casos específicos de tribunales de Ruanda y Yugoslavia	18
Capítulo 3	28
Referencias Normativas en Materia de Justicia Internacional	28
3.1 Derecho Internacional Humanitario (DIH)	28
3.2 Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)	32
Capítulo 4	39
Principio de complementariedad	39
4.1 Activación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	41
4.2 Complementariedad en Derecho Penal Internacional	46
Capítulo 5	51
Elementos estructurales de la Justicia Internacional	51
5.1 Lucha contra la impunidad y amnistías	51
5.2 Impunidad desde la óptica del Derecho Penal Internacional	55
5.3 Deber internacional de investigar y sancionar en procesos de transición y la concesión de amnistías y otros beneficios penales	64

Capítulo 6	68
Máximos responsables	68
6.1 Formas de intervención	70
Dominio por organización.	70
Responsabilidad por mando y omisión.	71
Capítulo 7	76
Jurisdicción Especial para la Paz - Caso colombiano	76
7.1 Naturaleza jurídica de los acuerdos de La Habana	76
7.2 Implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el orden jurídico interno	80
7.3 Desarrollo estructural de la jurisdicción	89
Organización de la JEP.	97
Distribución de salas y competencias.	99
Tribunal para la Paz.	100
Unidad de Investigación y Acusación.	102
Secretaría Ejecutiva.	102
7.4 Aspectos relevantes de la ley estatutaria de la JEP	104
Conclusiones finales	110
Bibliografía	1164

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo investigar y profundizar, el origen, y desarrollo de los sistemas de justicia transicional, a partir de experiencias internacionales en materia de justicia, y su comparación e implementación en el caso Colombiano. Tras varias décadas de enfrentamientos armados y de haber llegado a niveles de degradación y barbarie, el Estado colombiano logra un acuerdo encaminado a la finalización del conflicto y la consecución de la paz, mediante los denominados acuerdos de paz suscritos por el Estado colombiano y el grupo insurgente denominado FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). Dentro de dicho acuerdo se incorpora un componente esencial en materia de verdad y justicia, como sistema de juzgamientos de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y de violaciones a los derechos humanos, que se materializa en la denominada Jurisdicción Especial para la Paz. Dicho sistema es analizado desde una perspectiva histórica, partiendo de experiencias en diferentes periodos donde se han formulado alternativas por construir sistemas de juzgamiento y sanción, a través de tribunales internacionales, cuyo objetivo es evitar la impunidad de dichos comportamientos que atentan contra la humanidad.

Los esfuerzos y dificultades en su creación, en su desarrollo tiene como referentes Tribunales “*ad hoc*”, o militares cuya característica es ser de carácter temporal; entre ellos los tribunales de Núremberg, Ruanda, la antigua Yugoslavia, Tokio entre otros, hasta avanzar en sistemas de juzgamiento de carácter permanente, como el que se conoce hoy como Corte Penal Internacional.

En razón a ello, se hace referencia al mecanismo jurídico para integrar al ordenamiento interno colombiano, todos estos componentes de carácter internacional, como lo es la implementación en el sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, partiendo de estos estándares internacionales. En principio, a través del bloque de constitucionalidad, y sentencias ya proferidas por parte de la jurisdicción Constitucional del Estado colombiano, y a través de reformas constitucionales o actos legislativos, así como también, el tratamiento diferencial en materia de crímenes internacionales dentro del ordenamiento jurídico interno.

Para el caso bajo análisis, la Jurisdicción Especial para la Paz, resulta de la mixtura de un conjunto de mecanismos y medidas de justicia transicional en un conflicto de carácter no internacional en el territorio colombiano, que opera para el reconocimiento de responsabilidad y verdad, que garanticen a las víctimas mayores grados de satisfacción y medidas de no repetición. Por lo tanto, se busca desvirtuar la serie de cuestionamientos y reacciones por parte de diferentes sectores de la sociedad Colombiana debido al desconocimiento de la operatividad de la JEP, y el temor que genera actualmente los eventuales fallos de esta jurisdicción, que ha dado lugar a una fuerte campaña de desinformación, incluso por la oposición de sectores políticos, y del propio gobierno electo a la implementación de dicho sistema.

A partir de la profundización en los conceptos, y valoración de instrumentos internacionales, se brinda criterios y elementos de juicio que permitirán una

valoración más profunda de este sistema, lo cual genera mayor información desde diferentes enfoques, confianza y seguridad jurídica, no solamente en los propios actores del conflicto, sino también de la comunidad en general.

La metodología utilizada en el presente trabajo, se desarrolla mediante una investigación descriptiva, entendida como el conjunto de reglas o procedimientos idóneos para el aprendizaje de datos sobre el conocimiento de las diferentes disposiciones e instrumentos internacionales y nacionales sobre procesos de transición y resolución de conflictos, en materia de graves violaciones de derechos humanos. El método para ello, es de carácter descriptivo, debido a que se acude a un recuento histórico de los diferentes Tribunales Internacionales como Núremberg, Ruanda, la Antigua Yugoslavia, donde se hace un análisis documental, mediante la recolección sistemática y organizada de datos, junto a la descripción detallada y contextual de hechos.

En ese orden, la técnica utilizada es la recolección de información documental, contenida en doctrinas, libros, artículos, jurisprudencia internacional y nacional, instrumentos internacionales, convenios y tratados multilaterales, y toda información del denominado desarrollo internacional “*soft law*”. Una vez obtenida y consultada dicha información es procesada, analizada e interpretada, con el fin de obtener el objeto de la investigación; lo anterior, se hace a través de un análisis comparativo y doctrinal para llegar al caso colombiano específicamente la JEP.

Capítulo 1

Contexto

El presente trabajo parte de la realidad del conflicto armado de carácter interno, acaecido en el territorio colombiano dentro de los últimos 50 años, entre el grupo denominado FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) y el Estado Colombiano, en el cual después de ingentes esfuerzos y acercamientos entre partes, teniendo en cuenta la degradación del conflicto, y un número de víctimas superior a los 8 millones aproximadamente, y en atención a la violación de derechos humanos y al Derecho Internacional humanitario, deciden colocar fin a la confrontación armada a través de un difícil proceso de negociación, el cual confluye en la suscripción de un pacto denominado “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”; dentro del cual las partes diseñan un método, unas reglas, principios y una herramientas de carácter judicial esenciales que hacen parte de un Sistema Integral de verdad, justicia, reparación, y no repetición, “Jurisdicción Especial para la Paz”.

El fin primordial es obtener el mayor grado de verdad, y adelantar un proceso de identificación, investigación, juzgamiento y sanción de máximos responsables, en la cual se incorporan instrumentos de carácter internacional que se han adoptado de un proceso evolutivo a través de la resolución de conflictos internacionales, estructurando las bases de una justicia transicional, como respuesta de las

naciones civilizadas a la violación de Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Esto ha sido posible a través del desarrollo internacional conocido como “*soft Law*”, en virtud de Instrumentos, Jurisprudencia de las Cortes Internacionales y de activistas de Derechos Humanos, que en conjunto se han constituido como obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional. Ante las variadas inquietudes e interpretaciones jurídicas en torno a la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP, es procedente y necesario analizar el valor jurídico y vinculante de los llamados Acuerdos de La Habana mediante los cuales ingresó éste al ordenamiento interno, por una parte se podría decir, por “derecho propio” en virtud de los tratados en que el Estado colombiano es parte, en especial por los Convenios de Ginebra y sus protocolos. Lo anterior, contempla los llamados “acuerdos especiales”, que como tal harían parte del denominado bloque de constitucionalidad, de conformidad con el art. 93 de la Constitución Política, cuando han sido ratificados. Dichos instrumentos regulan medios de guerra y que protegen a determinadas personas o bienes dentro del contexto del conflicto no internacional; las cuales además suponen el mínimo de obligatoriedad para sus protagonistas y son de imperativo cumplimiento en nuestro ordenamiento al incorporarse al derecho interno. Los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra el día 12 de agosto de 1949, que comenzaron su vigencia en Colombia a partir del año 1960 con la expedición de la Ley 5ª del 26 de agosto, mientras que los Protocolos Adicionales, el primero de ellos comenzó a regir en Colombia el 1º de marzo de 1994 por la Comisión Especial Legislativa y el segundo, inicia su vigencia el 15 de febrero de 1996 con la promulgación de la Ley 171 de 1994, aspectos normativos

que disipan cualquier duda al respecto. (El acuerdo del teatro Colón y la justicia Especial para la Paz, Oscar José Dueñas, ediciones aurora).

La convención de Viena, acorde a su artículo 53, en relación con normas internacionales aplicables en tratándose de estos instrumentos se les otorga una calidad de reglas conocidas y aceptadas por la comunidad internacional de aplicabilidad en materia de conflictos internos, y constituyen reglas consuetudinarias denominadas *jus cogens*. Por tanto, no admite excepción alguna por parte de un Estado, así el Art. 27 de la misma Convención de Viena, reglamenta que ningún Estado puede invocar sus disposiciones internas para desatender o justificar un incumplimiento de un tratado. En concordancia con lo anterior, por disposición expresa del Art. 93 de la Constitución colombiana, determina que los tratados y convenios ratificados por el Estado colombiano, los cuales prevalecerán en el orden interno, por tanto es aplicable y vinculante vía bloque de constitucionalidad al consagrarlo expresamente por la propia Constitución y refrendarlos por diferentes fallos por parte del órgano máximo constitucional de Colombia.

De otro lado, de manera simultánea de acuerdo al debido proceso interno en Colombia, tomó fuerza la necesidad de una reforma Constitucional como un camino de seguridad jurídica y no de interpretación que garantice la viabilidad de los acuerdos, por lo cual finalmente se adelantó mediante acto legislativo No. 01 del año 2017, una reforma constitucional en la cual incorporó un título transitorio a la Constitución, “acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción

para una paz estable y duradera”, avalada mediante sentencia emitida por la Corte Constitucional, la cual zanjó las discusiones al respecto sobre el valor jurídico de los acuerdos, no obstante en desarrollo de este trabajo se sustentará la observancia de instrumentos internacionales suficientes para la implementación de los diferentes componentes del acuerdo, que a su vez se encuentran ligados a temas de carácter internacional como el tipo de crímenes donde los mismos tienen un trato diferencial en su aplicación en atención a estándares internacionales.

Capítulo 2

Experiencias Internacionales en caso de Justicia Transicional

Una primera aproximación al tema propuesto, empieza por comprender que el conflicto como fenómeno social ha sido una constante a través del transcurso de la historia de la humanidad, y es así como data desde el conocimiento de su existencia aproximadamente 5.000 años, ocasionando alrededor de 14 mil guerras, alcanzando un saldo aproximado de 5 millares de muertes de seres humanos. Entre otros cálculos se dice que en los últimos 3.400 años, el mundo ha conocido tan solo 250 años de paz, de allí que la presencia de la guerra como una práctica generalizada de expresión de dominio ha sido constante, y se había generado un cierto derecho a la guerra, estableciendo unos usos y costumbres entre las partes en contienda, cuya finalidad es reconocer unos límites a la actividad bélica del ser humano (Ramelli, DIH, módulo 1 p. 20, Pictet, 1983, p. 95).

Ante este panorama surge la inquietud, quien o quienes tendrían en principio a cargo el juzgamiento de conductas violatorias de dichas reglas así como de las sanciones a que hubiere lugar. En lo que respecta a estas regulaciones datan diferentes momentos históricos tan antiguos como la misma confrontación, desde la edad media se incluyen disposiciones sobre la protección de lugares, personas fuera del conflicto como también de los combatientes en sí mismos, las cuales se condensan de manera primigenia en los denominados concilios de Charroux (986), Narbonne (990), y Anse (994), incluidas las denominadas “treguas de Dios”

establecidas en el concilio de Elne (1027). Uno de los primeros autores fue el helvético Emmer de Vattel quien en su obra titulada “Le droit de gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains” (1758), contempla la imposibilidad de resistir a la violencia armada por los príncipes de la época, planteamientos que a la postre inspiraron los textos del Art. 3 común de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y protocolo II de Ginebra de 1977 (Ramelli, M1, DIH, CPI, p. 21), normas consuetudinarias que empiezan a tener incidencia y tratamiento en la humanización de la guerra.

Todos estos avances se ven reflejados en diferentes países encaminados a proteger a personas que resulten inmersos en las confrontaciones, que en principio se circunscribían a conflictos internacionales entre Estados, y que posteriormente incluirán, como se analizará, conflictos internos dentro del Estado y grupos irregulares. Para el año de 1863, en la presidencia de Abraham Lincoln se ordena al general Lieber redactar un código de conducta donde se estipulen las costumbres de la guerra; para el año 1864 con una evolución en materia de conflictos internacionales se regula más ampliamente el primer “Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos en campaña terrestre” y se configura la protección a la misión médica, frente a su neutralidad, iniciativa que surgió de cinco ciudadanos suizos fundadores de la Cruz Roja Internacional, entre quienes se destaca a su representante Henry Dunant, quien decide socorrer a los heridos y enfermos en la denominada batalla de Solferino, utilizando un símbolo neutral que es la inversión exacta de la bandera suiza (Convenio DCI-ALA/2008/019-588. Universidad Santo Tomás, Defensoría del Pueblo, Unidad Temática Sistema

Internacional de Promoción y Protección de Derechos Humanos).

Otra fuente histórica se atribuye al zar Alejandro II, en el conflicto entre británicos y rusos que data de fecha 29 de noviembre del año de 1868 donde las potencias europeas adoptaron la “declaración de San Petersburgo” donde determina los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario, sobre todo en la utilización de un tipo de proyectiles desarrollados dentro de la guerra, de material inflamable y balas explosivas, además de la conducción de las hostilidades. En ese orden se realizan en 1899 y 1907, las conferencias de Paz, tratado internacional que se conoce como “Derecho de la guerra y de la paz”, cuyo objetivo también consistió en regular la conducción de las hostilidades terrestres, conocido como el derecho de La Haya. Bajo ese desarrollo, se estructura posteriormente para el año de 1949, los 4 Convenios internacionales encaminados a regular la guerra, terrestre, marítima, estatuto del prisionero de guerra y protección de la población civil, conocidos como Convenios de Ginebra, los cuales para 1977 adoptaron dos protocolos adicionales a estos Convenios de Ginebra donde se incluyen disposiciones encaminadas a aplicarse tanto en conflictos internacionales como en conflictos internos, a partir de estas regulaciones se constituyen los elementos básicos para fijar parámetros de violaciones de derechos y para el juzgamiento de conductas violatorias de dichos tratados que a la postre los tribunales los podrían aplicar.

De allí que uno de los antecedentes relevantes de la constitución de un órgano internacional de justicia penal, es el denominado “proyecto de Convenio relativo a

la institución para la prevención y represión de las violaciones de los Convenios de Ginebra”, propuesto por Gustave Moynier, hacia 1872, donde retoma proyectos fallidos anteriores que dan lugar a la creación de un Tribunal Penal Internacional al término de la Primera Guerra Mundial el cual actuaría solo en casos de conflictos armados internacionales, y que consolida la idea dentro de un periodo de tribunales internacionales, que en conjunto con el de Núremberg, de Extremo Oriente, para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, estarían encaminados a que tengan una vocación de permanencia y jurisdicción universal, características esenciales de la conocida hoy como Corte Penal Internacional, la cual siempre había sido un anhelo constante en la comunidad internacional (Alejandro Ramelli M1, DIH, CPI, p. 37, 40. Keith Hall, 1998 p. 13).

En su desarrollo, uno de los antecedentes más significativos y que constituye sin lugar a dudas un primer esfuerzo en materia de tribunales internacionales de juzgamiento penal, es el compendio de lo que se conoce como los tratados de Versalles, en sus artículos 227 a 229, que preveían la posibilidad de creación de tribunales *ad hoc, con competencia para juzgar las infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en la I guerra mundial*, denominados “crímenes contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados” perpetrados por el káiser Guillermo II, estos tribunales fueron creados y desafortunadamente terminados, siendo conocidos estos casos finalmente por las jurisdicciones nacionales (Ramelli, m1 DIH, CPI, p. 39. Mullins, 1921, p. 68).

Para esta época simultáneamente noviembre de 1937, se abrió para firma un texto

de la denominada “Convención para la creación de una jurisdicción penal internacional” que conociera de los delitos de terrorismo previstos en la convención contra el terrorismo, que tuvo el mismo desenlace y a la postre fracasó (Olasolo, 2003, p. 36).

Se caracteriza este periodo por la insistencia de la comunidad internacional en la búsqueda de alternativas en la resolución de conflictos y se vierten todas estas iniciativas en el año de 1945 con la terminación de la segunda guerra mundial que confluyen en un trabajo condensado y concretado en un tribunal de justicia denominado Tribunal de Núremberg conformado por los países vencedores de la segunda guerra mundial. A partir de este referente universal se presenta una dispersión de tribunales internacionales e internacionalizados para resolver conflictos internacionales e internos, de diferente naturaleza en razón a las exigencias políticas o las circunstancias propias de cada situación que condujeron al establecimiento de sistemas de justicia penal específicos y con una permanencia transitoria para cada conflicto (Robin Geiss, Noümie Bulinckx, Cuadro comparativo de tribunales penales internacionales e internacionalizados, p. 1-3 Review International of the Red Cross, marzo de 2006, No. 866 1).

2.1 Aportes Tribunal de Núremberg

El Tribunal de Núremberg en especial constituye para el momento histórico (1945), la reacción de las potencias europeas, en razón de la masacre ocurrida bajo el régimen del nacionalsocialismo antes y durante la Segunda Guerra Mundial, por lo

que se decidió conformar un tribunal interaliado por las fuerzas vencedoras denominado Núremberg (URSS, Reino Unido, Francia, EE.UU, Italia) y otro para extremo Oriente; Tokio, pese a las duras críticas del momento sobre el hecho de ser Cortes organizadas por los países vencedores, tuvo el mérito de demostrar que era factible hacer justicia no como una simple y pura venganza, sino en el propósito de no dejar impune actos horrendos contra lo que se consideraba la humanidad, y un segundo elemento relevante fue centrar la responsabilidad en los dirigentes y principales ejecutores de tales actos, excluyendo la responsabilidad colectiva, dejando como aporte las pautas para el juzgamiento a responsables de crímenes de alta gravedad en adelante (Ma. Dolores Bollo Arocena, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 518).

El Estatuto de Núremberg sancionaba esencialmente las violaciones a los usos y costumbres de la guerra, como aquellas prohibiciones ya contempladas en las convenciones de Ginebra y de la Haya, al respecto no reportaba mayor novedad por cuanto se trataba de hacer efectivas las prohibiciones presentes en diversas convenciones, y que se aglutinaban en el denominado Derecho Internacional Humanitario, por lo cual no se discutía su legalidad en la medida que ya existían. Diferente escenario se presenta respecto a los crímenes consagrados en el Art. 6 del nuevo estatuto, donde se enunciaba un conjunto de comportamientos como "crímenes contra la humanidad" tales como el asesinato, la exterminación, esclavización, la deportación "entre otros actos considerados inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante ella, la

persecución por motivos políticos, raciales o religiosos”; la codificación de estas conductas respondía al interés de los aliados de sancionar un conjunto de delitos atroces perpetrados por los nazis contra la población civil desde su ascenso al poder 1933 y hasta 1939 lapso en que no se reportaba un conflicto armado y a partir de allí hasta el término de las hostilidades de la guerra bajo la presencia de un conflicto de connotación internacional (Ramelli DIH, CPI, 2013, p. 40).

La competencia de este Tribunal son los crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la humanidad, donde se concentraba la mayor discusión histórica en cuanto al principio de legalidad que revestían dichas conductas, ya que tal escenario normativo en relación de crímenes contra la Humanidad no se encontraba presente en 1945, por tanto al no existir previamente tales conductas tipificadas, el fin de este tribunal se encamina a que las mismas no quedan impunes, por ello se argumentó la violación de principios fundamentales de la comunidad internacional. Es de anotar en este aparte que el estatuto de Núremberg no consagró el crimen de genocidio ya que se vino a regular convencionalmente hasta 1948, razón por lo cual se calificaron estos comportamientos dentro de los crímenes de guerra (Ramelli DIH, CPI, 2013, p. 41).

Núremberg es un Tribunal Internacional penal de la naciente ONU y es el epicentro histórico del acuerdo de Londres (1945), que finalizó con 24 sentencias y doce condenas a muerte contra los más altos representantes del régimen nazi, esta etapa da la apertura a una nueva época de un derecho internacional

humanitario y quizá el de mayor aporte, una nueva vigencia de derechos y principios universales del hombre, de un nuevo derecho, a partir de lo consagrado como “Crímenes contra la Humanidad” que correspondía en tiempos de paz o durante una guerra, antes de Núremberg no se contemplaba un catalogo de derechos y consignas concebidos como derechos humanos o que se concibiera su violación, en tiempos de no confrontación, se conocía instrumentos relacionados como el Derecho Internacional Humanitario, por ello es el primer enfoque de lo que hoy conocemos como derechos humanos, ya que su violación puede ser posible en tiempos de Paz, y que se aglutina en los delitos contra la Humanidad.

Se evidencia de lo anterior un deseo de sus autores de concebir un marco de referencia en la perspectiva del desarrollo de un derecho internacional de los derechos humanos, plasmado en sus sentencias, aunque por principio de legalidad “*nullum crimen sine lege*”, los crímenes contra la humanidad se juzgarían a través de los crímenes de guerra y así fueron juzgados los máximos responsables para ese momento. Núremberg abrió paso a la idea de que hay derechos universales del hombre que ningún gobierno puede pisotear libremente sea en tiempos de paz o de guerra, sea en contra de sus propios ciudadanos o de otra nación, principios generales del derecho que pertenecían a los códigos de todas las naciones civilizadas, y que la comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, los codificó el 29 de diciembre de 1950 como los principios de Núremberg. Igualmente es oportuno mencionar que en este periodo se llevó a cabo el sonado caso del juicio a Adolf Eichmann que se inició el 11 de abril de 1961, por la Corte Nacional de Israel, haciendo uso efectivo de la experiencia de

15 años antes de Núremberg, acusando a Eichmann por “Crímenes contra la Humanidad”, bajo una jurisdicción universal, al igual que una segunda acusación bajo un catálogo de crímenes contra el pueblo judío, es decir, pese a que existió voces que el delito es contra la Humanidad y no contra un pueblo en especial, se debía instalar una Corte Internacional por los diversos países, ya que Israel no se había conformado para la fecha de los hechos de exterminio como Estado, por tanto se profirió sentencia por los hechos contra el pueblo judío, bajo el entendido que se debían sancionar so pena de dejar en riesgo la vida humana como tal. Esta sería la última experiencia y después de un periodo significativo nuevamente aparece la idea de una corte con características Internacionales basado en principios hasta aquí desarrollados (análisis político No. 55 Bogotá, septiembre-diciembre de 2005, p. 22-28. De Núremberg a la Haya, Rainer Huhle centro de Derechos Humanos Núremberg).

Conscientes los integrantes de este Tribunal, de esta experiencia internacional y dada la situación que se advertía ante la temporalidad de su función, se propone la extensión de su jurisdicción en el tiempo y no solamente a sus nacionales, en ese sentido uno de los jueces integrante del Tribunal de Núremberg, el francés Henri Donnedieu de Vabres, recomienda en su informe final ante el comité de codificación de este tribunal, la creación de una Corte Internacional Penal de carácter permanente, propuesta por Francia y avalada por Alemania, no recibiendo el apoyo por parte de la U.R.S.S., EE.UU., Yugoslavia y Polonia (países vencedores), de tal manera que este comité concluyó dar traslado de esta recomendación a una comisión de expertos de la ya creada Organización de

Naciones Unidas, como es la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.). La cual para el día 21 de noviembre de 1947, fue encargada por la Asamblea General de Naciones Unidas de la preparación de un *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y seguridad de la Humanidad*, paralelamente fue requerida la misma Comisión, para que examinara la posibilidad de crear un órgano judicial internacional para juzgar a personas acusadas de genocidio y de otros crímenes, que sean de competencia de este órgano, en base a las convenciones internacionales ya existentes (diciembre de 1948) (Ma. Dolores Bollo Arocena, Derecho Internacional penal, estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 519).

Transcurrido el periodo entre 1951 y 1974, se presentaron una serie de controversias en relación a las diferentes ponencias de proyectos del Código de Crímenes Contra la Paz y la Humanidad, y a su vez del proyecto de la Corte Penal Internacional. Después de un proceso difícil de propuestas los diferentes relatores de la Comisión de Derecho internacional, logran satisfacer el interés de los diferentes participantes entorno a uno de los puntos más sensibles entre otros el delito de agresión, y se dio paso para que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptara una definición final respecto del delito de agresión mediante resolución 3314 del 14 de diciembre de 1974 (Ma. Dolores Bollo Arocena, Derecho Internacional penal, estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 520).

Esto contribuyó a que al nuevo relator especial de la Comisión Internacional de

Derecho de Naciones Unidas para los años 1981 y 1991, el Sr. Doudou Thiam, después de nueve informes le fuera aprobado el Proyecto del Código en primera lectura de la Jurisdicción competente para el enjuiciamiento de los crímenes contenidos en el mismo código de manera permanente. Este esfuerzo se suma a otros por varios años, incluso ante la insistencia de jefes de Estado de la época como Mijail Gorbachov, así como el presidente de Trinidad y Tobago Arthur Robinson, instando a la creación del referido tribunal. En el año de 1991 se presentan dos informes adicionales décimo y undécimo a la comisión especial, por lo cual la Asamblea de Naciones aprueba en una segunda lectura el proyecto y a su vez instó nuevamente a la comisión de Derecho Internacional se continuara con el proceso de examinar la creación de la mencionada Corte sin que hasta la fecha fuera una realidad (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 521, Editorial de la Universidad del País Vasco).

2.2 Casos específicos de tribunales de Ruanda y Yugoslavia

Dos años después, en 1993, se impulsa esta iniciativa con la expedición de la resolución No. 808 del Consejo de Seguridad de ONU, mediante la cual decide crear el Tribunal Penal Internacional para juzgar crímenes cometidos en el antiguo territorio de Yugoslavia, y en forma similar al año siguiente se expide por el mismo organismo la resolución 855 por medio de la cual se crea el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, amparados en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, es decir dependiente de este organismo lo cual no le permitía acreditar de

entrada una independencia, de allí que este proceso pese a las críticas de haber sido creados por el Consejo de Seguridad y no por convención o tratado, le resta credibilidad para estas cortes *Ad Hoc*, en su creación ya que fue motivo para considerar que eran instrumentos de las potencias que dominaban al Consejo de Seguridad y a la OTAN, con el fin de garantizar sus intereses políticos en los Balcanes y África. Esto se evidenció cuando las propias tropas de la OTAN se negaban a cumplir las órdenes de la Corte de Yugoslavia en los Balcanes y Ruanda en África, existiendo una tensión desde los países que conformaban el Consejo de seguridad y que conformaban el Tratado Atlántico Norte. No obstante, pasados 3 años y gracias a la labor firme y capaz entre otras personas del juez Richard Goldstone, bajo los principios formulados en Núremberg y a las convenciones y tratados existentes, se logró con o sin apoyo diplomático convertirse en factor determinante a tener en cuenta para resolver el conflicto Yugoslavo, confirmando que después de casi medio siglo nuevamente la justicia había regresado aplicando al escenario de los crímenes contra la humanidad cometidos en ese territorio (análisis político No. 55 Bogotá, septiembre-diciembre de 2005, p. 29- De Núremberg a La Haya, Rainer Huhle, Centro de Derechos Humanos Núremberg).

Encontramos que en tratándose de tribunales especiales *ad hoc*, *TIMY* para la antigua Yugoslavia, y *TIMR* para Ruanda, se ejerce jurisdicción en contextos geográficos y temporales específicos y de una determinada clase de infracciones graves, en especial de crímenes de guerra, dentro de un marco tanto internacional como interno, retomando los crímenes contra la humanidad y genocidio,

cometidos en la antigua Yugoslavia a partir de 1991 y sin fecha de cierre temporal, donde se acusaba en ese entonces al presidente Slobodan Milosevic de los referidos crímenes. (Ma. Dolores Bollo Arocena, Derecho internacional penal, estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 452).

Estos tribunales, recogen experiencias dado sus características, un sistema de justicia penal, con organismo internacionales o internacionalizados donde continuarán multiplicándose, en tanto los primeros tienen origen en tratados o convenios donde varios países acogen esta fórmula de juzgamiento o tienen origen en el seno de naciones unidas, los segundos, internacionalizados, son tribunales de origen nacional de un determinado País pero con aplicación del derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si bien hay diferencias a causa del régimen del que dependen, porque algunos son de índole verdaderamente internacional, en tanto que otros forman parte de un sistema de justicia penal nacional y sólo ostentan algunos rasgos de índole internacional. Estos tribunales tenían en general una permanencia temporal, ejercerían su jurisdicción contra personas físicas, y no contra el Estado. Su principal aporte es la exigencia de responsabilidad de crímenes internacionales a quienes haya planeado, ayudado a planear, preparar o haber ejecutado dichos actos, y a su vez si sabían o tenían razones para conocer que sus subordinados ejecutaron las mismas. Si bien la doctrina ha empezado a discutir el tema respecto del fundamento jurídico penal de los superiores, la responsabilidad del superior cuando no toma las medidas necesarias para evitar la comisión de una conducta, o por no aplicar los castigos oportunos para evitar su repetición, en cuanto a

impedir o castigar los crímenes de sus subordinados hasta el momento se ha direccionado al derecho militar, respondiendo como jefe militar, y se concreta en el deber de dirigir las tropas, por consiguiente su infracción se encontraría dentro del ámbito disciplinario.(Yesid Reyes Alvarado, Autores, partícipes y superiores en la Justicia Transicional, p.128, 130)

En relación superiores civiles, en lo que implicar a jefes de Estado o de Gobierno en ejercicio o no de sus funciones a que puedan ser declarados responsables por tribunales Internacionales, constituye quizás la situación de mayor tensión y temor en la comunidad internacional, ya que se crea la posibilidad de enjuiciar a Jefes de Estado o de gobierno, por conductas calificadas como Crímenes Internacionales, lo cual coloca en una situación de riesgo al principio de derecho Internacional como: La inmunidad de la jurisdicción penal de los órganos de Estado, este principio se ve seriamente atenuado cuando este tribunal formula acta de acusación contra el jefe de Estado Slobodan Milošević, momento en que todavía ostentaba esa calidad y que posteriormente se dio la detención y entrega cuando ya no lo era. Sin embargo dentro de este proceso evolutivo, de manera general ha sido incipiente y relativa esta posibilidad que un jefe de Estado sea juzgado por un tercer país o por una Corte Internacional sin el consentimiento del Estado de origen (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p 494, editorial de la U del País Vasco).

Otro de los importantes aportes tanto del TMI para la antigua Yugoslavia, y

Tribunal Internacional de Ruanda, es la concepción que utilizó sobre los Delitos contra la Humanidad, para el primero eran cometidos en conflictos de carácter Internacional, en tiempos de paz o de guerra, no requería en especial un lazo entre los Crímenes contra la Humanidad y el Conflicto Armado Internacional, por consiguiente era factible cometerlos en tiempos de paz. Para el Tribunal de Ruanda incluye requisitos para su tipificación se determinó como destinatarios cualquier población civil sin importar, su nacionalidad, raza, religión entre otros, y sin consideración a la existencia de Conflicto armado, en ese sentido como se ha dicho da aplicación el Art. 3 común a los convenios de Ginebra, aplicándolos a los conflicto de carácter interno, lo cual amplía la protección de derechos a un ámbito diferente de los escenario de la guerra externa (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p 495, Editorial de la Universidad del País Vasco).

Dicha evolución de protección de los derechos humanos en todo tiempo tienen un origen desde la creación de las Organización de Naciones Unidas (ONU), donde se limita el derecho a la guerra que había sido invocado en la mayoría de conflictos internacionales, con una visión no convencional. Los tribunales en mención permitió ir afianzando la concepción de la necesidad de protección de la humanidad, que no únicamente está dirigida a proteger a la persona en tiempos de guerra que era precisamente lo que recogía del cuerpo normativo del Derecho Internacional Humanitario, sino se buscó la protección que da lugar al inicio a un incipiente derecho internacional de los derechos humanos.

Cuerpos normativos como el DIH, en casos de conflictos internos o de guerra externa que recoge crímenes de guerra, el Derecho Internacional de Derechos Humanos que aglutina desde la carta y convención de Naciones Unidas, las resoluciones, los proyectos de creación de un Tribunal Penal Internacional emitidos por el Comité de Derecho Internacional, y del desarrollo de los Estatutos de los Tribunales Militares como Yugoslavia y Ruanda, donde contemplaba el juzgamiento de personas inmersas en conflicto así sea con perfil político, mando militar o civil, sin importar la nacionalidad, sexo, religión, afiliación política, o étnica como una obligación internacional que en el fondo si bien no se denominaba el término de derechos humanos, se busca la protección de los seres humanos. Estos instrumentos constituirían entre un conjunto de convenciones que en desarrollo del presente trabajo se relacionaran, y son el soporte para adelantar los juicios de responsabilidad trasladándose ya no únicamente a una responsabilidad de los Estados como sujetos de derecho internacional, sino responsables también cuando estos últimos no ejercían una protección efectiva a los derechos humanos. (Oficina del Alto Comisionado de la ONU, Protección jurídica internacional de los DH, New York, Ginebra 2011, p. 1-15).

Lo anterior confirma, en la práctica, los sistemas de justicia penal pueden variar entre tribunales internacionales o internacionalizados y continuarán multiplicándose, no obstante lo que ratifica en sus estatutos es que se trata una competencia concurrente con los tribunales nacionales, de este modo queda claro que no son excluyentes o exclusivos en la persecución de estos crímenes. Por ello se encuentra que los tribunales especiales *ad hoc*, *TIMY* para la antigua

Yugoslavia, y TIMR para Ruanda, ejercen jurisdicción en contextos geográficos y temporales específicos y de una determinada clase de infracciones graves, en especial de crímenes de guerra, dentro de un marco tanto internacional como interno, por crímenes contra la humanidad y genocidio, cometidos en la antigua Yugoslavia a partir de 1991 sin fecha de cierre temporal, donde se acusa al entonces presidente Milosevic entre otros. Por otra parte Ruanda aplica sus estatutos contra cualquier persona extranjera o territorio extranjero en que se cometan tales crímenes sea conflicto internacional o interno (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 495, Editorial de la Universidad del País Vasco, Estatuto para el Tribunal Internacional de Ruanda, art, 1,7,8)

Para Ruanda se aporta como referente, la extensión de su jurisdicción a crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado interno, haciendo uso y juzgando por primera vez conductas previstas en el Art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los II protocolos adicionales de Ginebra, como también delitos de lesa humanidad y genocidio, a diferencia de Yugoslavia tienen definido una temporalidad desde 1991 hasta 31 de diciembre de 1994, y como segundo aporte en materia de jurisdicción se extiende a cualquier persona de cualquier nacionalidad cometidas en el territorio de Ruanda y en los territorios vecinos, así como por sus propios ciudadanos ruandeses (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 495, Editorial de la Universidad del País Vasco).

Bajo este escenario luego de 50 años de discusiones, subsiste el anhelo de una Corte Penal Internacional a merced de los diferentes trabajos del Comité Preparatorio Convocado en diferentes oportunidades por Naciones Unidas; los países que buscan una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente, con jurisdicción material para los crímenes de guerra, lesa humanidad conforme a los principios de Núremberg buscan su creación a través de dos caminos: uno Institucionalizar la Corte como órgano de Naciones Unidas, y dos hacerlo a través de Convenio internacional atendiendo las experiencias pasadas.

Para el primero, se requería una votación de los dos tercios de los miembros de la Asamblea de Naciones Unidas, sumado a la aprobación del Consejo de Seguridad por unanimidad, luego resultaba una tarea compleja y utópica. Por tal situación la segunda propuesta fue más viable que surge de un conjunto de ONG de derechos humanos al insistir en una convocatoria para mediados de 1998 en Roma, la cual fue materializada por varios Estados para ese fin, pese a los riesgos inminentes de un fracaso de la convocatoria, la gran sorpresa fue que efectivamente fue asistida por 162 países y un número importante de organismos internacionales, lo que hizo que fuera una propuesta más universal de las que se haya conocido hasta ese momento. No obstante las inclinaciones eran visibles de los países denominados *“like minded”* o grupo de países afines, quienes propugnaban por una Corte fuerte, independiente, activa, en su mayoría del continente europeo, Alemania, Suiza, Noruega, España; países africanos, como Senegal, Burundi; asiáticos como Corea, Singapur; sumados a países iberoamericanos como Chile y Argentina, al

final este grupo ascendía a más de 60. Por otro frente estaba el grupo de países que reflejaban un temor frente a la Corte, ya que se consideraba un atentado al principio de la soberanía de los Estados, entre ellos países norteafricanos, asiáticos, incluidos miembros del Consejo de Seguridad.

Después de dos días de discusiones, la incertidumbre cede el paso y se encuentra la elaboración de un texto final, que es votado el 17 de julio de 1998, y aprobado con la abstención de 7 países entre los cuales estaba EE.UU., China, India e Israel, 21 abstenciones entre países árabes e islámicos, de esta manera se consiguió lo que se consideraba inalcanzable (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 526-536, Editorial de la Universidad del País Vasco).

El Estatuto es aprobado como un tratado multilateral, abierto a la ratificación de cualquier Estado Internacional, independiente a la Organización de Naciones Unidas; hasta la fecha han ratificado 90 países, la Corte se configura como una institución con personería jurídica internacional, y con capacidad jurídica para desempeñar sus funciones, entendidas estas como la competencia penal de la que son titulares los Estados, con financiamiento propio, con competencia material, personal de los crímenes internacionales, crímenes de guerra, genocidio, dejando pendiente los denominados crímenes de agresión hasta que sea definido el mismo, incluye igualmente en su Art. 121 y 123 mecanismos de revisión de su texto, y quedan prohibidas las reservas al tratado Art. 120, llama la atención que es ratificada por países en conflicto como Sierra Leona, Senegal o Gambia, los

cuales tienen tribunales en ejercicio (Ma. Dolores Bollo Arocena, 2004, Derecho Internacional Penal: Estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión, p. 529-530, Editorial de la Universidad del País Vasco).

Capítulo 3

Marco jurídico en Materia de Justicia Internacional

3.1 Derecho Internacional Humanitario (DIH)

Como se ha mencionado a lo largo del presente escrito, el contexto internacional es determinante en cuanto al diseño y naturaleza del mecanismo de justicia adoptado en Colombia, para ello desde una visión retrospectiva, encontramos una constante, como es el llamado “*ius in bellum*”, o derecho a la guerra, considerado por largo periodo como una prerrogativa de los Estados, una forma de política exterior, por ello la guerra fue el principal objeto de regulación por el derecho internacional. No obstante, las violaciones a los derechos de civiles o personas fuera del conflicto se continuaban presentando y no necesariamente en el escenario de un conflicto internacional, sino en ejercicio del poder por parte de los Estados o por grupos de poder en ausencia de una confrontación como tal. De allí que la comunidad internacional entendió que la responsabilidad sobre los derechos de la humanidad no eran competencia exclusiva de los Estados, y en tiempos de guerra, sino que correspondía contemplar un nuevo orden mundial fundado en el respeto a la persona humana y basada en la prohibición y limitación de la guerra.

Teniendo ese precedente frente a la guerra, se considera que existen alrededor de 161 normas que regulan la humanización de la guerra, codificadas como Derecho

internacional Humanitario, que de acuerdo con el Comité de la Cruz roja Internacional, entre ellas;

(Compilación de Instrumentos Internacionales, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Octava edición actualizada Bogotá 2012 ISBN):

- Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.
- Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Anexo al Convenio IV relativo a las leyes y costumbres de la guerra Adoptado por la Segunda Conferencia de la Paz, La Haya, el 18 de octubre de 1907
- Los Convenios de Ginebra (artículos comunes, 1949)
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).
- Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de

efectos indiscriminados, Adoptada el 10 de octubre de 1980 por la Comité de Desarme de las Naciones Unidas Entrada en vigor: 2 de diciembre de 1983 Entrada en vigor para Colombia: 3 de septiembre de 2000, en virtud de la Ley 469 de 1999

- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción. Aprobada por La Conferencia Diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal el 18 de septiembre de 1997 Entrada en vigor: el 1 de marzo de 1999 Entrada en vigor para Colombia: 1 de marzo de de 2001 en virtud de la Ley 454 de 2000
- Convención sobre Armas Químicas, 1993.

En efecto para la aplicación de este conjunto de instrumentos mencionados, para efectos de la persecución de responsables de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, la competencia para su juzgamiento se requiere unos factores de naturaleza temporal, material y geográfico, parte de identificar la calidad de la víctima de una grave infracción, desde el punto de vista material demostrando a su vez la existencia de una confrontación armada, para determinar si se encuentra frente a delitos de agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra, con el fin de calificar una conducta como violatoria del derecho internacional humanitario se tiene, como nexo, entre la conducta delictiva y el DIH, la calidad de combatiente del victimario, la condición

de no combatiente de la víctimas, el hecho de que la víctima sea del bando opuesto, o que el acto delictivo se utilice o pueda ser visto como un medio para lograr los fines de la campaña militar, igualmente que el acto se haya cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, y que todos estos casos se vinculen con el conflicto mismo, los haya facilitado, o que su comisión guarde estrecha relación con los medios y los métodos utilizados por los combatientes, así como también con los fines perseguidos por los mismos.

Desde el ámbito geográfico se ha señalado que las infracciones graves al DIH, no se cometen exclusivamente en el curso de los combates, ya desde el tribunal para la antigua Yugoslavia se había hecho referencia que no hay correlación entre el lugar donde ocurren los combates y el alcance geográfico de las leyes de guerra, de allí que las normas humanitarias también se deben aplicar a los territorios controlados por las fuerzas bien sea estatales, de grupos de poder o irregulares, al igual que a los sitios principales donde se encuentre el devenir de las hostilidades.

Desde el ámbito personal es preciso indicar que su responsabilidad es individual y no estatal, es decir, las obligaciones del DIH recaen sobre todo actor armado que haya decidido participar en el conflicto, aún sin haber firmado ningún tratado, ya que su origen es consuetudinario y ninguna vulneración al DIH faculta a la otra parte para cometer violaciones a las mismas normas.

De allí que para identificar este tipo de factores y características, se encuentra un gran desarrollo en torno a los principios del Derecho Internacional Humanitario,

que no serán objeto de mayor comentario en el presente trabajo, pero que como especial función sirven para calificar la conducta como violatoria en cuanto, se seleccionó o no un objetivo militar legítimo, si los medios y métodos empleados durante los ataques fueron lícitos, y si se tomaron las medidas adecuadas para proteger a la población civil, ya que el objetivo esencial del DIH es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, a los enfermos, heridos, prisioneros, y a las personas civiles, que de llegarse a presentar tal situación se deberá efectuar el test de proporcionalidad, para graduar la gravedad del ataque o violación.

3.2 Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Paralelamente al desarrollo anterior, se adelanta el reconocimiento a la protección de los derechos humanos en escenarios de ausencia de conflicto como también al de confrontación armada. Dichos compendio de derechos se han catalogado como inalienables del ser humano, su desarrollo obedece a una construcción gradual que data desde “Carta Magna” en Inglaterra, 1215, así como el derecho de habeas corpus “Bill Of Rights” en el año de 1689, y los llamados derechos del ciudadano, contenidos en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776, esfuerzos que tienen mayor éxito en el año de 1789 mediante la Asamblea Francesa donde toma vigencia por primera vez, la promulgación de los derechos humanos con una proyección universal y no de un país en específico. Allí se reconocen los derechos, libertades individuales y los límites al poder absoluto, que serían recopilados en convenios y tratados, entre ellos desde su inicio con la

Declaración Universal de Derechos del Hombre y que encontraría respaldo en el Consejo de Europa, en la “Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades”, lo cual se afianza en la creación de organizaciones internacionales encaminadas a la protección de los derechos Humanos, dando lugar al nacimiento de la Sociedad de Naciones en 1919, y que posteriormente se consolida con una mayor participación, en la Organización de Naciones Unidas, 1945. Lo anterior se fortalece en la creación de organismos, comités de seguimiento y que a su vez tendría repercusión en sistemas regionales de protección de derechos humanos como el interamericano y europeo.

Después de 3 años de creada dicha organización, el 10 de diciembre de 1948 se suscribe la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se destaca como propósito esencial el respeto y estímulo a los derechos humanos, y el mayor avance en esta materia fue reconocer a la persona humana como sujeto de derecho internacional, alcanzando la consolidación de una nueva rama como es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de este momento, empieza bajo el principio de progresividad para los derechos humanos, es decir, en una serie de convenios y en cuanto a la promoción, protección y garantía en diferentes frentes, que para los fines del presente estudio, en concreto nos referiremos al campo de la aplicación de justicia, en la medida que inicialmente correspondía a instrumentos o carta de intención, las cuales tenían un valor declarativo, sin órganos ni mecanismo de protección, hasta 1948 cuando da curso a la creación de procedimientos para instrumentar la protección de estos derechos (procedimientos 1503 y 1235), de mayor eficacia y capacidad obligatoria de los

tratados, con seguimiento de comités de supervisión y protección, a pesar de existir con anterioridad fallos de la Corte Internacional permanente de la Haya, convenios de la OIT, protección diplomática; es con el sistema internacional de protección de derechos humanos y los subsistemas regionales, donde se tiene una mayor operatividad y se hace más tangible su protección.

El Derecho Internacional de los derechos humanos, promueve un proceso de internacionalización de derechos humanos, que se desarrollan en tratados y convenciones liderados por esta organización de Naciones Unidas en conjunto con la Organización de Estados Americanos (OEA) desde su creación entre los cuales están:

La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) 1979, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

- Los Principios de derecho internacional reconocidos y aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950, recogidos en la Asamblea de Naciones Unidas como *“Conjunto de principios actualizados para la protección, y la promoción de derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”* (ONU, Asamblea General

2005. Principios internacionales sobre de la lucha contra la impunidad).

A nivel regional se encuentran:

- Protocolo adicional a la convención americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” en 1988.
- Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos. Relativos a la abolición de la pena de muerte, 1999.
- Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas -1994.
- Principios y buenas prácticas sobre protección de las personas privadas de la libertad en las Américas- Comisión interamericana 131 períodos de sesiones 2008.

El actual Sistema Interamericano aparte de la Corte interamericana de Derechos Humanos lo conforma la Comisión Interamericana de DH, y el Instituto Interamericano de DH, cuya finalidad de estos últimos es la de estudiar y hacer visible una situación grave y generalizada de Derechos humanos, en busca de promover la paz y la seguridad en el continente, promover y consolidar la democracia representativa, asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros, impulsar por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, alcanzar una efectiva eliminación de armamentos convencionales que permita dedicar mayores recursos al desarrollo

económico, tal cooperación dentro del marco de principios como de buena fe, el respeto por la soberanía, la territorialidad y solidaridad.

Esta progresividad tuvo una irradiación hacia sistemas regionales, como fuente principal en materia de lucha contra la impunidad, estableciendo unas obligaciones y garantías de juzgamiento, contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual crea el Sistema Interamericano de Protección en San José de Costa Rica, 1969, dando lugar posteriormente a diferentes organismos como la Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos ya mencionados.

El Sistema Interamericano creado a partir del 30 de abril de 1948 en el denominado pacto de Bogotá que funda la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano, incluye una visión liberal y democrática, en que los derechos humanos se ejercen y disfrutan en contrapartida de derechos y deberes de los ciudadanos, así como para los Estados parte, como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que sean necesarias para el efectivo goce de tales derechos. En la Convención Americana se afianzaron temas esenciales en materia de derechos humanos como la contemplada en el Art. 8.1, que consagra el marco de garantías judiciales como la independencia judicial, imparcialidad, plazo razonable, juez competente, y el derecho que tiene toda persona a ser oído frente a cualquier acusación sin importar su naturaleza, como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia.

A su vez, esto tiene estrecha relación con los Art. 2 al 7 y 9,10,24, 25,27 de la misma convención, que contempla el debido proceso, los derechos que tienen las personas en caso de detención y restricciones a la libertad, el principio de legalidad y retroactividad, el derecho a ser indemnizados en caso de haber sido condenados por error judicial, y en conjunto las garantías de toda persona a tener un recurso sencillo y rápido, para la protección de sus derechos fundamentales, contemplados en la Ley, la Constitución y de la propia convención. De allí se deriva la fijación de un estándar mínimo internacional en materia de derechos humanos, como garantías judiciales en torno al principio “*pro homine*” (pro humano), en el cual todo Estado está en el deber de acoger en razón a su carácter vinculante por hecho de ser parte de la convención.

Dentro del sistema regional, la Corte Interamericana de DH, tiene funciones asignadas tanto consultivas como jurisdiccionales, se encuentran reguladas en el Estatuto y Reglamento donde consagran distintas etapas del procedimiento, optando la opción de terminar de manera anticipada de procesos por mecanismos como el desistimiento o solución amistosa, un aspecto a resaltar es el que contempla el Art. 25 del reglamento de la Comisión como la implementación de medidas cautelares provisionales, en caso de gravedad y urgencia, siempre que sea necesario para evitar un daño irreparable, las cuales pueden ser declaradas por la Comisión Interamericana bien sea por iniciativa propia o a solicitud de parte, las cuales tienen carácter vinculante en virtud del principio del “*pacta sunt servanda*” y la obligación de ejecutar de buena fe los compromisos contenidos en el reglamento de la Comisión que se deriva de la propia Convención americana.

Es de advertir, que no todas las violaciones de derechos humanos constituyen únicamente incumplimiento a compromisos internacionales, algunas van más allá, y comportan graves violaciones que desconocen el Derecho Internacional Humanitario, y otras conductas que se configuran como crímenes contemplados en el Derecho Penal Internacional. Por lo cual los Estados partes están en el deber de adoptar medidas tendientes a cumplir con sus obligaciones como investigar, juzgar y sancionar a los responsables, dicho deber no impone una obligación de resultado sino medio, bajo una debida diligencia, y por esta vía dar cumplimiento al compromiso internacional de lucha contra la impunidad. Así lo ha expresado en diferentes pronunciamientos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano, 2006, párr. 110, cuando un “Estado actúa permitiendo que la violación quede impune y que no restablezca la plenitud de los derechos de las víctimas, incumple el deber de garantizar los derechos consagrados en la convención”, o incluso la concesión de amnistía o indultos en proceso de paz, ya que en los procesos de transición no se pueden anular las obligaciones internacionales de los Estados. Es pertinente aclarar que en conjunto tanto sistema universal de protección de derecho humanos, como los sistemas regionales, en principio se busca la responsabilidad Estatal por la falta de protección de los derechos humanos, no obstante cuando dichas violaciones van más allá y se convierten en graves violaciones, alcanzan a infringir el Derecho Penal Internacional como forma de sanción a los responsables de manera individual, en consonancia con el principio de la lucha contra impunidad y en garantía de los derechos de las víctimas, por cuanto de suyo resulta una protección integral a los derechos humanos, no son excluyentes.

Capítulo 4

Principio de complementariedad

Se ha hecho un recuento en capítulos anteriores, de la evolución de la forma como los Estados y en conjunto la comunidad internacional, ha optado por resolver sus conflictos, sean de carácter internacional o interno, hacia la consolidación de un sistema encaminado a la negación de la guerra y a fortalecer la promoción y protección de los Derechos Humanos, a una progresividad entendida como la constitucionalización de los mismos, y mediante la proliferación de tratados, convenios que codifican costumbres y usos, reglas, principios, mecanismos, formas de juzgamiento y sanción a efectos de no repetir la barbarie ocurrida en la guerra y que amenaza seriamente la permanencia y conservación de la humanidad.

Todas estas experiencias internacionales, han tenido réplica en diferentes grados o niveles dependiendo del País o lugar de los hechos y la gravedad de lo acontecido, por ello es la comunidad internacional quien ha delineado un catálogo de herramientas y ha configurado un marco jurídico el cual tuvo fuertes tensiones y temor en un primer momento por cuanto se dijo que se trataba de despojar de la facultad inherente de juzgar a los Estados, luego desplazar a otros organismos dicha competencia constituía atentar contra el principio de la soberanía nacional y por tanto era a los Estados a quien únicamente correspondía en principio proteger los derechos humanos y por tanto enjuiciar y castigar a quien los viole.

Tal situación fue difícilmente superada cuando la mayoría de Estados salvo excepciones como EE.UU., entre otros, quien inicialmente impulsó un tribunal Penal Internacional, pero se apartó posteriormente por razones de conveniencia nacional y no apoyó dicha iniciativa. Pero después de ingentes esfuerzos, proyectos y fracasos, este propósito se afianzó por diferentes estados y organizaciones internacionales que confluye finalmente hacia la consolidación de un Tribunal Penal, lo cual se hace realidad en el año de 1998 mediante el Tratado de Roma, con la asistencia de más 120 países y organizaciones internacionales, donde se codifica un código de conductas calificados como crímenes internacionales, se regula un procedimiento y prueba, y se crea la Corte Penal Internacional de carácter permanente, con jurisdicción universal.

Superada esta primera y compleja etapa, es preciso puntualizar que tratándose de protección de derechos humanos se han configurado dos sistemas de protección:

1. El que ejerce a través de la Corte Penal Internacional en materia de investigación y sanción de violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Penal Internacional; y 2. El que se ejerce por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sistema regional de protección de derechos humanos, bajo el entendido que existen otros sistemas de protección como el Europeo, pero dado el contexto del presente trabajo, nos referiremos a los dos sistemas en particular y su interacción con las jurisdicciones nacionales, su relevancia con el objeto de estudio es la protección integral de los derechos humanos, ese es precisamente el gran avance ya no es solamente una responsabilidad de los Estados sino individual y por ende todo Tribunal de justicia

debe propender en medidas integrales para las víctimas y no se agota en ello sino también como sanción, la pertinencia con el tema es que en Colombia se implementó un Sistema de verdad, Justicia , Reparación y No Repetición, que confluyen en estos dos sistemas.

4.1 Activación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Entendida la Justicia transicional, como un conjunto de medidas no se agota exclusivamente en una sanción penal, lo cual permitiría alcanzar eventualmente un propósito de justicia, sin complementar unas medidas reparativas, de satisfacción y no repetición, si el objetivo es fundamentar la Justicia Especial para la Paz, encontramos que sería insuficiente el mecanismo adoptado en los llamados acuerdos de la Habana y es este Tribunal Especial de Paz, quien debe tomar las medidas de reparación, en consonancia con los fallos de los Tribunales del Sistema Universal e Interamericano de derechos Humanos, por ello desde la órbita del derecho Internacional de los Derechos Humanos, el propio preámbulo y los art, 44 y 45 de la Convención Americana justifica *“una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*, es decir, el Sistema Interamericano no sustituye a la jurisdicciones nacionales, sino las complementa, tiene un carácter subsidiario, y entra a operar solo cuando se haya hecho uso de los recursos jurisdiccionales locales.

Bajo esta óptica como se ha advertido en el presente trabajo, la responsabilidad de los Estados comporta dos escenarios conforme a la obligación adquirida con la Convención Americana en sus Arts. 1 y 2, en materia de protección de derechos humanos: Primero la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otra índole, incluso remover obstáculos para hacer efectivo los derechos y libertades individuales, es decir, el Estado debe proporcionar recursos jurisdiccionales efectivos para el ejercicio libre de tales derechos y libertades, conforme con el Art. 25 de la Convención; contemplar un recurso sencillo y rápido; y segundo, si por el contrario tal obligación no ha sido implementada por el Estado, lo debe hacer. En ese orden, pueden existir dichos recursos pero los mismos deben gozar de las características esenciales de ser adecuados y eficaces.

En consecuencia, a efectos de la intervención de un organismo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el primer paso es verificar el agotamiento de estos recursos internos, antes de proceder a ordenar la admisibilidad de la petición de intervención por parte de la sala de cuestiones preliminares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ese agotamiento debe ser tal como lo ha expuesto la jurisprudencia de dicha Corte, consistente en recursos que sean adecuados y eficaces, es decir, que sean idóneos para lo que se quiere proteger o restablecer, en ese sentido el criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido; que los recursos disponibles sean *“adecuados”* significa: *“que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación*

jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 64, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 67, y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafo 88).

Igualmente, la Corte ha expresado que dichos recursos deben ser efectivos, es decir que produzcan un cambio efectivo en la situación de violación, que puedan producir el resultado para el cual fueron concebidos. La Corte ha identificado cuatro situaciones en las que un recurso puede volverse ineficaz: “a) si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, b) si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, c) si resulta peligroso para los interesados, y d) si no se aplica imparcialmente. Según la jurisprudencia más reciente, no basta que los recursos existan formalmente, sino que, para que estos puedan considerarse efectivos, los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos humanos contemplados en la Convención, y que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país, o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ser ilusorios; sin embargo, de acuerdo con el tribunal, es el Estado el obligado a crear las condiciones necesarias para que cualquier recurso disponible

pueda tener resultados efectivos (92 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988, párrafo 66, Caso Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989, párrafo 69, y Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, del 15 de marzo de 1989, párrafo 91. 2007] Revista IIDH 69).

Igualmente es pertinente mencionar, que existen unas excepciones a la exigibilidad de agotar el trámite de los recursos internos de conformidad con el Art. 46.2 de la Convención, como requisito para invocar la protección internacional, en tres circunstancias: a) si en la legislación interna del Estado de que se trata no existe el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) si no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o si se le ha impedido agotarlos; y c) si hay retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos, haciendo que ellos sean simplemente dilatorios, en estos casos será viable la admisibilidad porque se parte de la base que el Estado de derecho o debido proceso no existe o no hay las garantías mínimas, la presencia de cualquiera de estas excepciones permite concluir que los recursos existentes se han tornado ineficaces, y por tanto la activación directa de la competencia de la Corte en mención.

Se hace necesario hacer la diferencia de casos generales o individuales, según la Corte ha considerado que ella no es aplicable cuando se trata de *casos generales* de violación de derechos humanos, en oposición a casos individuales, encuentra su justificación en que el análisis de la situación global de los derechos humanos

en un país determinado supone violaciones generalizadas de los derechos humanos, ya que la Comisión es concebida no como una instancia de arreglo internacional, ni está buscando resolver la situación de una persona en particular.

Sin embargo, un informe general permite presumir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ese contexto descrito, no existe el Estado de Derecho, o no existe el debido proceso legal, o los recursos de la jurisdicción interna son meramente dilatorios, no resultando ni adecuados ni eficaces” tal constatación permitiría argumentar que, en casos individuales, exigir al peticionario el agotamiento de los recursos internos constituiría un trámite meramente dilatorio, y por tanto procedería la excepción de no agotamiento de recursos internos, en ese mismo orden se diría que al no existir estos recursos jurisdiccionales el Estado está de suyo inmerso en el incumplimiento a la propia convención Americana (119 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 93. También, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, y Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95. 78 *Revista IIDH*, Vol. 46).

Finalmente en este aparte, es preciso indicar que frente a las peticiones y su admisibilidad, ha sido de gran importancia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque ha contribuido en gran manera para comprender la naturaleza, tipo de recursos, el momento en que se debe interponer, la observancia de las reglas y procedimiento y las excepciones al

agotamiento de dichos recursos conforme con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. De allí que la flexibilidad o exigencia en el agotamiento de estos recursos puede llegar a ser nugatoria la intervención internacional, porque de lo que trata es de conciliar la soberanía del Estado con la protección internacional, la referida regla de admisibilidad debe interpretarse de manera que no se permita a los Estados eludir sus obligaciones internacionales por un parte y otra dejar que se impida a los individuos ejercitar la protección a sus derechos y libertades contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (El agotamiento de los recursos internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Héctor Faúndez Ledesma).

4.2 Complementariedad en Derecho Penal Internacional

Desde otro escenario la protección de los derechos humanos en situaciones específicas y de violaciones generalizadas, se presentan en caso de conflictos armados o la comisión de crímenes internacionales, como crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio, agresión entre otros, tales conductas quedan codificadas desde el año de 1998 con la aprobación del Estatuto de Roma, el cual constituye el avance más importante en materia de Derecho Penal Internacional recogiendo experiencias anteriores ya mencionadas, y que adquiere mayor efectividad y realidad con la creación de la Corte Penal Internacional. La misma tiene su origen en un tratado multilateral, independiente en relación con la Organización de Naciones Unidas, es de carácter permanente, y considerada como una instancia preventiva, cuya función no es ni reemplazar, ni sustituir a las

jurisdicciones nacionales, en la medida que su competencia se basa en la complementariedad y concurrencia. Su funcionamiento depende del concurso de los Estados, en lo atinente al recaudo de pruebas, entrega de personas, su competencia material se rige a cuatro delitos internacionales, como agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

La complementariedad hace referencia a la orientación encaminada al cumplimiento de la obligación de los Estados de investigar y juzgar dichos comportamientos, y solo una vez concurran los ámbitos material, personal y territorial, se activan las competencias de la Corte Penal Internacional en adelante (CPI), en relación con la eficacia y eficiencia en la justicia interna.

La Corte asume la competencia, frente al incumplimiento como se dijo del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, como una obligación de carácter judicial internacional de acuerdo con el Art. 8 y 25 de la Convención Americana, ya que se pueden presentar casos o situaciones que van mucho más allá, donde se llama a responder no al Estado como tal, sino a las personas sin importar su condición política, función, cargo, mando civil o militar. No obstante la responsabilidad que se derive de tales hechos se determina en casos específicos o situaciones de contexto, que da lugar a la intervención cuando exista inactividad de la administración de justicia, falta de capacidad, o cuando el Estado no pueda, no quiera o no haya decidido incoar la acción penal, en caso contrario, cuando se demuestre la inexistencia de circunstancias que no permitan activar la

competencia, se procederá con un principio de oportunidad reglado, aspectos que en adelante se mencionara en el caso concreto de Colombia.

El test de complementariedad, se realiza al momento de imputar los cargos a un individuo específico, y se hace bajo diferentes factores: material, temporal, personal y territorial; el ámbito material, se refiere a los delitos de competencia de Corte ya mencionados, además de las graves infracciones a los convenios de Ginebra 1949 y sus protocolos (17 tipos penales), en conflictos de carácter internacional (5) e interno (11), además de otras violaciones graves a los usos y costumbres de la guerra (35 tipos penales). En cuanto al ámbito temporal, se refiere a las violaciones al derecho internacional humanitario donde presupone la existencia de un conflicto armado interno o internacional, en especial cuando se refiere a crímenes de guerra durante el tiempo que transcurra la confrontación y las hostilidades. Frente a este factor temporal no sucede lo mismo respecto de crímenes de lesa humanidad, los cuales puede ser perpetrados en cualquier tiempo, no obstante, para su juzgamiento se encuentra limitado por el Art. 11 del Estatuto de Roma, ya que rige después de entrar en vigencia dicho Estatuto, sin que pueda ser ejercida tal competencia de forma retroactiva. Para el caso colombiano es preciso de paso mencionar, que en relación con los crímenes de lesa humanidad y genocidio la competencia está activada desde el 1 de noviembre de 2002, en tanto que para crímenes de guerra a partir de noviembre del año 2009 en razón de las reservas conferidas por el Art. 124 del Estatuto de Roma que el Estado acogió.

Para el factor personal, la Corte puede investigar y juzgar a cualquier individuo de un Estado-parte, sin importar si es un jefe de Estado o de gobierno, miembro del parlamento o funcionario público.

En el ámbito territorial, la Corte puede investigar y sancionar cualquier delito de su competencia que sea cometido en cualquier parte del territorio del Estado o en las zonas donde se haya extendido el conflicto pero que haya ratificado el Estatuto de Roma (ER), o que el Consejo de seguridad haya remitido al fiscal la respectiva situación o caso.

En este orden la Corte debe previamente, al igual que la Fiscalía de la Corte, presentar la forma de violación de los derechos o la ejecución de la conducta en un contexto entendida como un marco de requisitos tales como: los aspectos históricos, sociales, económicos, culturales, en los cuales se perpetró los crímenes de manera organizada y sostenida por grupos criminales incluidos agentes del Estado y particulares colaboradores de esos comportamientos. La investigación de contextos busca obtener verdad de lo sucedido, evitar su repetición, identificar las estructuras delictivas, determinar el grado de participación o intervención de autores y cómplices, unificar patrones de conductas, unificar número de investigaciones, establecer cadenas de mando, y emplear esquemas de doble imputación.

La forma de la escogencia de los hechos, a fin de establecer el *modus operandi*, plan criminal del denominado grupo organizado de poder, se hace a través de la

priorización, identificando casos y situaciones; para el primero se refiere a incidentes definidos y concretos, en los cuales se determina haber cometido uno o más crímenes por uno o varios individuos como es el caso del precedente emitido por la Corte ICC 01/04-101, Fiscal vs. Tomas Lubanga. La segunda posibilidad de acusación es sobre la base de una situación, que se presenta con un conjunto o un amplio número de casos, donde aparece una sistematicidad, sujeta al factor de la temporalidad ejemplo la “situación de Kenia” que se encuentra en estudio preliminar por parte de la Corte, donde se construye un contexto y una sistematicidad de las violaciones (Universidad Santo Tomás, MIII, Sistema Internacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos – Convenio DCL-ALA/019-588 Defensoría del Pueblo, USAD).

Capítulo 5

Elementos estructurales de la Justicia Internacional

5.1 Lucha contra la impunidad y amnistías

Para la comprensión de esta regla de derecho internacional, retomemos las palabras enunciadas en la conmemoración de los 50 años del Tribunal de Núremberg en el seno de la conferencia de la Organización de Naciones Unidas para el año de 1995, por el alto comisionado para los Derechos Humanos José Ayala Lasso, donde condensa una frase y hace una orientación como: “la justicia es un derecho humano”, y complementa esta afirmación el fiscal de la Corte de Justicia de La Haya Richard Goldstone donde precisó “la justicia no solamente es una cuestión de castigo de criminales de guerra o de derechos humanos”.

Aquí se busca un significado a la justicia que no se agota en el castigo a criminales únicamente, ya que no es ese el único fin, va más allá y apunta también a que la misma está encaminada al reconocimiento de otros derechos como los de las víctimas, en ese sentido sí es un derecho humano, el castigo no debe constituirse en castigo que conlleve a la estricta venganza infringiendo el “mal por mal”, ya que puede hacer nugatorio el derecho implícito de ese reconocimiento a las víctimas. El ejercicio de la justicia como subsistema de la sociedad reemplaza el ejercicio privado de la venganza, la vieja retribución entre el dolor sufrido y el castigo como retaliación única para enmendar el daño producido, constituye una

respuesta primitiva regresiva a la necesidad de purgar un dolor injusto con la pena, el castigo debe tener una utilidad general mayor con una función de mejoramiento para el autor, y de aseguramiento y garantías de los otros, existiendo equivalentes en otras culturas, cuando la tarea de la justicia es cumplir un carácter también restaurativo de los derechos afectados.

La vinculación entre víctima y victimario por el daño ocasionado, tiene un interés en una dimensión individual, pero también en una dimensión colectiva, en razón a que el crimen coloca en peligro valores de la humanidad necesarios para su subsistencia, y tiene entonces la colectividad un interés en la justicia como mecanismo de obtener verdad, que se hace más sentida y amplia en escenarios transicionales, donde prevalece el papel de la justicia como medio de obtener verdad y responsabilidades, donde se atenúa de forma proporcional el castigo como única respuesta.

El desarrollo internacional en esta temática, ha evolucionado en la exigencia de que los Estados tomen medidas necesarias para esclarecer los hechos e identificar a los responsables (verdad) de una parte, avanzando a exigir la judicialización y castigo de los mismos mediante juicios penales y más aún a reconocer la reparación de las víctimas, lo que en conjunto se ha denominado como lucha contra la impunidad, que se fundamentan en principios de normas internacionales de derechos humanos. A saber: El Estado está obligado a castigar a todos los culpables de violaciones de Derechos Humanos y de infracciones del Derecho Internacional Humanitario. Igualmente, debe garantizar a las víctimas el

derecho a la verdad, a la reparación y a la no repetición (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014). La lucha contra la impunidad se convierte en piedra angular del derecho internacional, y se hace un llamado por diferentes organismos internacionales, en razón a la insistencia y las continuas violaciones de los derechos humanos en diferentes contextos, en ese sentido los Estados han desconocido sus obligaciones aplicando fórmulas que bien han obstruido o no han permitido judicializar a los responsables, al aceptar leyes de punto final, conceder amnistías, incluso se ha dicho que el reconocimiento de responsabilidades, y el pago de compensaciones a las víctimas no son suficientes, tales leyes constituyen lo que algunos autores llaman impunidad normativa y es incompatible con el deber de investigar, juzgar y sancionar, cuya afectación mayor es a la verdad que se obtiene a través de procesos judiciales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la comisión, han señalado en diversos fallos que los juicios penales son un componente insustituible, por tanto el otorgamiento de leyes de amnistías, de perdón y olvido, “conllevan a una instauración y perpetuidad de una situación de impunidad”, entendida esta última como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derechos protegidos por la convención” (Corte IDH, Caso Velásquez vs. Honduras sentencias de 29 de julio de 1998).

En similar precedente por parte de esta Corte, en el caso Barrios Altos vs. Perú, determinó como inadmisibles, las disposiciones de amnistía, prescripción, y el

establecimiento de excluyentes de responsabilidad en graves violaciones de derechos humanos como la tortura, ejecuciones sumarias o extralegales, y desapariciones forzadas, donde enfatiza en la incompatibilidad entre las amnistías y la Convención Americana, o cuando se dictan normas de autoamnistía respecto de los propios agentes del Estado, o que recaiga sobre graves violaciones a los derechos humanos. Tales amnistías carecerían de efectos frente a la convención, así haya sido otorgada en un régimen democrático y sea respaldada por la ciudadanía.

La Corte IDH, ha manifestado que en tratándose de ataques masivos o sistemáticos, hace parte del estándar internacional en el deber de investigar y sancionar violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la forma como se deben adelantar las mismas, mediante la debida diligencia consistente en una visión sistemática, entendida como investigaciones ex officio, sin dilaciones, serias, imparciales y efectivas, que impone remover cualquier obstáculo de iure o de facto que impida la investigación y juzgamiento de los responsables, dentro de un plazo razonable, encaminado a identificar a los autores y partícipes, y desentrañar las estructuras, cadenas de mando, sus beneficiarios, causas y consecuencias, pues se busca es desmontar definitivamente los aparatos organizados de poder (AOP), o grupos armados de poder, y evitar que estas violaciones se repitan. (Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y a la paz negociada. Bogotá colección Dejusticia, 2014. Rodrigo Uprimny Yépez, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sanches León, p. 41).

Para este fin, se hace necesario que el poder público disponga y organice el aparato gubernamental, para que se pueda garantizar esta obligación judicial (Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y a la paz negociada. Bogotá colección Dejusticia, 2014. Rodrigo Uprimny Yépez, Luz María Sanches Duque, Nelson Camilo Sanches León, p. 40-61).

5.2 Impunidad desde la óptica del Derecho Penal Internacional

Se ha discutido desde la esfera del Derecho Penal Internacional, que el término unívoco de impunidad sea equivalente a “falta de castigo”, pero que engloba diversos ámbitos como el social, político, psicológico y económico, sin embargo aquí nos referiremos al jurídico, por lo que se ha formulado una distinción en una concepción restringida y amplia del término, la primera referida a la NO persecución de los delitos cuyas conductas tipificadas se encuadran en la criminalidad común, como ese escenario en donde la falta de castigo por delitos comunes sancionados es mucho menor, que aquellos que son sancionados, considerándose la punición como la excepción propia del derecho penal.

La segunda, la restringida, refiriéndose a delitos no comunes circunscribiéndose a las conductas consideradas como crímenes de sistema o “macrocriminalidad”, lo que algunos autores han llamado “el fenómeno de la gran impunidad” dentro del contexto del derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos.

Originando una clasificación entre la impunidad fáctica y la impunidad normativa, la noción de impunidad de facto, se refiere cuando el derecho existe, las normas están vigentes, se han aprobado debidamente y sin embargo no se aplican, y no se obtienen consecuencias prácticas y concretas.

La impunidad normativa tiene origen en normas jurídicas, cuyo objetivo bajo diversas justificaciones es impedir o excluir directamente la persecución penal, de los responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional y/o violaciones de derechos humanos. La impunidad normativa, consiste en ese conjunto de medidas que conllevan a justificar los crímenes cometidos en razón a una “urgencia de pacificación social”, “de necesidades de la paz”, y “reconciliación nacional”, materializadas como leyes de amnistía, indultos o leyes de punto final, que han sido utilizadas frecuentemente sobre todo en el ámbito regional de América, y que el escritor Paul Seil hace referencia a la utilización frecuente de estas alternativas así: “América Latina tiende a ser código de impunidad para políticos y criminales”, ya que en variadas democracias han sido aprobadas por los parlamentos y refrendadas por la ciudadanía tales medidas, de ahí la necesidad de intervención de organismos internacionales de frente a las obligaciones adquiridas por los Estados con la comunidad internacional.

La lucha contra la impunidad dentro de la evolución del Derecho Penal Internacional, se ha centrado en la exigencia de configurar el denominado principio de responsabilidad individual de carácter internacional, fundamentado en relación con los crímenes contra la humanidad, genocidio, crímenes de guerra, tortura y

desaparición forzada, en razón que los mismos constituyen un ataque contra bienes cuyo garante es la comunidad internacional, los cuales adquieren mayor trascendencia, y va más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, en la medida de la gravedad que representan con su violación, y la legitimidad que ostentan en virtud del consenso de diferentes Estados frente a los mismos. Por ello, la comunidad internacional encarna cada vez más los Principios de Derecho Internacional desde el Estatuto de Núremberg y sus sentencias, y son recogidos por la Comisión de Derecho internacional, que comportan el fundamento de la responsabilidad individual de carácter penal, toda vez que establecen principios como:

- I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.
- II. El hecho que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.
- III. El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.
- IV. El hecho de que la persona haya actuado en cumplimiento de una orden de gobierno o de un superior jerárquico, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.

- V. Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y el derecho.
- VI. La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, (...) constituye asimismo delito de derecho internacional (Comisión de Derecho Internacional, "Principio de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Núremberg, En Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 1950).

Sin lugar a dudas estos principios han sido forjados durante el desarrollo del Tribunal de Núremberg y constituyen la piedra angular en adelante del Derecho Penal Internacional, es un legado y le otorga sentido a la prohibición de ejecución de tales crímenes, al garantizar que todo individuo será responsabilizado, enjuiciado y castigado por la ejecución de los mismos; se dice que es un legado en la medida que fueron recogidos y aplicados en adelante, por los tribunales para ex -Yugoslavia, Ruanda y define un camino a seguir en lo que denomina la lucha contra la impunidad.

Lo anterior también se enmarca dentro de lo que se considera el mayor esfuerzo de codificación en materia penal internacional como lo es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde reafirma el concepto de impunidad entendido como "ausencia de enjuiciamiento y castigo a los responsables", en su preámbulo refiere:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que efectivamente sean sometidos a la acción de la justicia, recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Para el mes de abril del año 2012 este concepto fue también retomado por el plan de Acción de Naciones Unidas sobre la seguridad de periodistas y la cuestión de impunidad, se dijo entonces “(...) la impunidad puede definirse como la incapacidad para llevar ante la justicia a los autores de violaciones de derechos humanos”, existe un consenso internacional que comparte una visión alrededor del concepto de impunidad, que aplica también para el Derecho Internacional Humanitario, como lo plasma un estudio auspiciado por el Comité de la Cruz Roja Internacional en el siguiente sentido:

Los individuos son criminalmente responsables por los crímenes de guerra que cometen, el principio de responsabilidad penal individual por crímenes de guerra es una regla de larga data del derecho internacional consuetudinario ya reconocida en el código Lieber y el manual de Oxford y repetida en muchos tratados de derecho internacional humanitario desde entonces. La responsabilidad penal individual por los crímenes de guerra cometidos en los conflictos armados internacionales fue la base de los procesamientos en virtud de los estatutos de los tribunales militares

internacionales de Núremberg y Tokio... (El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario, Javier Chinchón Álvarez revista electrónica 2012, p. 2, 31).

En este punto es de gran importancia reproducir la disposición que fija un estándar internacional en materia de amnistías frente al Derecho internacional de los derechos humanos y frente al derecho internacional Humanitario como es el Art. 6.5 del protocolo II adicional de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, adoptado el 8 de junio de 1977, donde determina:

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 disposición ha generado toda una serie de discusiones, pero es de advertir desde ya que esta previsión no se refiere a violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, como crímenes de guerra, o por delitos contra la humanidad, sobre todo en los delitos relacionados con el genocidio, desplazamiento forzado, tortura y tratos crueles, ya que las diferentes convenciones determinan que esos delitos además de ser investigados deberán ser sancionados. No obstante, si bien el Art. 3 común de los convenios de Ginebra no lo contempla como la obligación de sancionar en sí misma no fue pacífica y

clara la discusión respecto de la aprobación de esta disposición, si dentro del periodo del conflicto interno en principio es aplicable al DIH, o si en otro sentido se considera que pueden otorgarse concesiones de competencia de los Estados, por tratarse de un asunto interno, es la autonomía de los pueblos, y por ende se plantea entonces, la concesión de amnistías como una facultad reservada del Jefe de Gobierno, bajo el principio de no intervención, lo cual deja en una zona gris respecto de la aplicación del DIH.

Lo cierto en esta controversia, el desarrollo internacional ha decantado que para determinados delitos como genocidio, el desplazamiento forzado, la tortura considerados como graves violaciones, no opera tales concesiones, por estar contemplado de manera expresa en las diferentes convenciones es obligatorio el juzgamiento y sanción de los responsables en cualquier tiempo.

En opinión de diversos autores, se ha dicho que la impunidad no obedece en estricto sentido al tipo de delito internacional, sino el pacto entre estados que ha conllevado al consenso internacional en relación con el bien jurídico que se quiere proteger, y que emerge de allí la obligación de persecución, investigación y sanción de los responsables, al punto de exigir, bien sea al Estado donde se cometió la conducta, como a terceros Estados ajenos del lugar de la comisión de la conducta, el compromiso de investigar a los responsables de crímenes internacionales, incluyendo la extradición, lo que ha legitimado el principio de jurisdicción universal, ya que se trata de una obligación “*erga omnes*” para todos los Estados, mediante la aplicación de sanciones regidas por estándares

internacionales. Concluyendo que tal disposición no sería aplicable en infracciones como genocidio, tortura, y otros tratos crueles o penas crueles, inhumanos o degradantes, por estar recogidos en tratados multilaterales, y la obligación estatal de investigar y castigar las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que han sido clasificados como crímenes de derecho internacional o de lesa humanidad.

Por tanto la tendencia es que las leyes de amnistía adoptadas dentro del marco del conflicto armado interno deben versar sobre específicos delitos, como políticos y conexos cometidos con ocasión de las hostilidades, quedando por fuera como se dijo las infracciones graves al DIH, o a las violaciones sistemáticas y flagrantes a los derechos humanos (La constitución Colombiana y el derecho Internacional Humanitario, Alejandro Ramelli A, capítulo Quinto, páginas 269 y 290 Universidad Externado 2005).

Más adelante desde el Estatuto de Roma, permite que bajo ciertas condiciones, que los Estados renuncien a la acción penal frente a crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, así se observa en su Art. 17 (1) (b), como criterio de inadmisibilidad, en el sentido de que un asunto haya sido objeto de investigación y haya decidido no iniciar la acción penal, por razones diferentes a que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o que no pueda realmente hacerlo, y a no sustraer de la acción penal al responsable, en este caso se trata de haberlo llevado y decidió no iniciar la acción penal.

En concordancia con esta disposición, el Art. 53(1) c, faculta al fiscal de la Corte para no iniciar la investigación cuando “existan razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”, tal interés de la justicia se ve identificado a factores como la prevención de graves crímenes o el respeto por la justicia internacional.

Por otra parte, para la CPI, se busca es armonizar procesos nacionales o de transición y permitir amnistías parciales, siempre que los procedimientos sean genuinos y no generen impunidad, la Corte permite a victimarios de menor jerarquía tales concesiones, comisiones de verdad, siempre que se investigue y juzgue a personas más responsables, compatible con el estándar internacional, lo que demuestra esta disposición es una amplia discrecionalidad a la Fiscalía de la Corte, a efectos de adelantar investigaciones, exigiendo como se dijo no a victimarios sino a los de mayor rango y conocimientos, se busca entonces satisfacer un mínimo de investigación y sanción sobre todo en aquellos casos de justicia transicional, pero bajo una investigación seria, auténtica, real, y que permita penas alternativas. Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y a la paz negociada. Bogotá colección Dejusticia, 2014. Rodrigo Uprimny Yépez, Luz María Sanches Duque, Nelson Camilo Sanches León, p. 68, 69,70).

5.3 Deber internacional de investigar y sancionar en procesos de transición y la concesión de amnistías y otros beneficios penales

Las transiciones de una dictadura a un gobierno democrático o la terminación de un conflicto armado en virtud de acuerdos de paz, plantea complejas tareas y retos para superar situaciones graves y extendidas violaciones de derechos humanos. En procura de sentar una base necesaria para evitar el riesgo de repetición de atrocidades a futuro, el desarrollo internacional ha evolucionado de mecanismo de perdón y olvido para enfocarse a reconocer derechos de las víctimas, con el fin de obtener mayores grados de verdad, reparación, aceptando de manera restrictiva concesión de amnistías parciales. Igualmente se ha aceptado este tipo de concesiones por la dificultad que representa por limitaciones fácticas, de prueba y normativas con mayor razón en conflictos de larga duración, dadas estas condiciones y a las proporciones de un conflicto y su naturaleza tan diversa, se enfrenta a dificultades insalvables en cuanto a investigar y juzgar a todos y cada uno de los responsables por todos y cada uno de las posibles violaciones sin tener en cuenta la intervención de los actores y graduar su responsabilidad, que conllevaría en esa hipótesis, dado su contexto e imposibilidad de juzgamiento, de ser mayor el nivel de impunidad en la que se evitaría inicialmente incurrir.

Las experiencias internacionales han demostrado, en casos como los de tribunales internacionales *ad hoc*, para la ex Yugoslavia y Ruanda, que tras 7 años de trabajo y un costo de 400 millones de dólares sólo habían logrado culminar con

15 juicios en el año 1999, y la propia experiencia en el caso colombiano se observa que tras 8 años de vigencia de la ley 975 en el proceso de justicia y paz, se han dictado 14 sentencias respecto de un total de 35 mil desmovilizados, equivalente a un 0,04%. Cifras que llevan a reevaluar el modelo de transición que conlleva a criterios de selección y priorización en forma explícita, porque rebasa la capacidad de cualquier sistema de juzgamiento por buena que sea su función, no obstante los grandes esfuerzos presupuestales y logísticos. (Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y a la paz negociada. Bogotá colección Dejusticia, 2014. Rodrigo Uprimny Yépez, Luz María Sanches Duque, Nelson Camilo Sanches León, p.101-102)

Por ello dadas las tensiones propias de la terminación de un conflicto, entre la justicia por una parte y la necesidad de paz, en contexto de violaciones masivas de derechos humanos, no se puede alcanzar extremos y pensar que llevar a prisión a todos los que intervinieron en el conflicto sea la salida, por lo tanto se hace pertinente buscar fórmulas de proporcionalidad entre las sanciones en beneficio de la paz.

No obstante lo mencionado, se plantea una fórmula en la que se busque investigar y sancionar efectivamente a los llamados máximos responsables como lo ha denominado la doctrina internacional, dejando la posibilidad de aplicar amnistías parciales, en caso de procesos de justicia transicional, para afirmar como se dijo en el capítulo anterior, que era viable amnistías para delitos políticos y conexos, por lo cual se cuestiona, si bajo ese esquema se está dando cumplimiento al

estándar internacional en cuanto a la obligatoriedad de investigación y sanción en casos de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, dentro de un marco de justicia transicional.

La respuesta al cuestionamiento anterior, respecto de las amnistías parciales para determinados intervinientes en el conflicto, que no ostentan la calidad de máximos responsables, puede ser admisible bajo una estrategia de selección y priorización, sin que exista ausencia de castigo respecto a las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, de tal manera que sea viable frente a delitos políticos y conexos como la rebelión, el porte ilegal de armas, y estarían por fuera aquellas amnistías generales que impidan la investigación de todas las graves violaciones de derecho humanos y al DIH, las cuales serían contrarias al derecho internacional, no solamente en razón al deber de investigar, juzgar y sancionar, sino por ser contraria a los objetivos de los procesos de transición, como es la no repetición, y ante la ausencia absoluta de castigo, dado el carácter disuasorio de la prevención general del mismo.

En transiciones de paz, se debe optar por estándares diferenciados en materia de sanciones penales, ya que de otra manera no se obtendría el logro de la paz, la misma se hace a través de la negociación, que reconoce el no aniquilamiento del otro, y que se constituye en un derecho para las víctimas y en una obligación para un Estado. El cual a su vez está compelido a garantizar tanto el deber de investigar y sancionar como también a lograr la verdad, reparar a las víctimas y a la paz.

Por ello en el marco de una transición negociada la fórmula que combine estrategias de persecución penal de algunos casos y de algunos responsables, con mecanismos extrajudiciales para el esclarecimiento de verdad y reparación, así como distintas formas de castigo proporcional a los partícipes de graves violaciones de derechos humanos, son admisibles, de manera que los tres componentes en contextos de paz, como el deber de esclarecer los hechos, identificación e investigación de responsables, y aplicación de castigo no pueden verse modificados sino únicamente en relación con la sanción a través del uso de penas alternativas o suspendidas. Esta es la línea que ha ido definiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, por medio de los votos concurrentes como el del juez García Sayán, en los cuales se plantea el cumplimiento de penas bajo ciertas condiciones, lo cual no comporta el incumplimiento a obligaciones internacionales del Estados (Corte IDH, caso masacres de el Mozote vs. Salvador. Sentencia 25 de octubre de 2012. Voto concurrente juez Diego García Sayán, párr. 22).

Capítulo 6

Máximos responsables

Bajo el esquema planteado en los apartes anteriores, dentro de la denominada lucha contra la impunidad se ha transitado hacia el principio de responsabilidad penal individual; el Derecho Penal Internacional se encamina a determinar la participación desde una forma de intervención criminal, entendida tradicionalmente como *toda clase de ayuda, fáctica o jurídica, o favorecimiento a la comisión del hecho*, considerándose cada una de las aportaciones como hechos independientes entre sí, y de un mismo valor, siguiendo un modelo autor unitario, aunque para efectos de punibilidad, se diferencie de una intervención directa, inmediata o esencial, a una indirecta o favorecedora como se deja por sentado en las sentencias de Núremberg, pero no se equipara a la tradicional diferenciación alemana de autoría y participación, incluso rompe con el principio de autor material del hecho, aquí se reconoce una conexión directa con el hecho, con una prueba de intervención fáctica, pero también una conexión directa en cuanto a la dirección y dación de una orden de cometer tales crímenes, mediante un actuar positivo, al punto que de acuerdo con la jurisprudencia internacional no se exige la presencia física en el lugar del hecho, ya que lo que se exige es que la aportación haya favorecido a la ejecución del hecho y del resultado.

En el caso de varias personas implicadas en el hecho, la vinculación se hace mediante imputaciones mutuas, si están funcionalmente vinculadas en razón de

una meta común y/o un plan común del delito, en un contexto de organización lo que se ha denominado como responsabilidad penal por organización o dominio por organización (apelación caso *Tadic*).

En el caso de la coautoría entre varias personas constituye lo que se conoce como “*Joint Criminal Enterprise*” (Empresa Criminal Conjunta), se conmina con pena la intervención en una empresa común sin que sea necesario que todos los intervinientes hayan tenido la intención de cometer los delitos, inicialmente se concibió como la sola participación a la empresa pero fue en el caso *Tadic*, en que se concreta de mayor manera esta intervención que es reconocida como de derecho consuetudinario internacional, como una intervención asociada y sistemática, en la cual se cometen delitos, así sea que existan otras sub empresas criminales autónomas o paralelas, de allí se deriva que la coautoría es una cooperación en una parte esencial de la ejecución del hecho, que diferencia de la intervención de la complicidad en la medida que la misma se agota en un apoyo moral o psíquico con influencia efectiva en la ejecución del hecho.

No obstante, dicha intervención desde el Tribunal de Núremberg se exigió para la responsabilidad la sola pertenencia a la empresa, pero es en el Tribunal para Yugoslavia, donde se ha exigido una causalidad específica en relación con la conducta del actor y el resultado, si bien este desarrollo no ha sido fácil por el amplio concepto de intervención penal que el Derecho Penal Internacional ha desarrollado, la simple causalidad como equivalencia de condiciones y la causalidad específica no ha sido posible en la limitación de la cadena de

responsabilidad, llegando a verificar como única tendencia a la imputación objetiva, es decir una responsabilidad normativizante, donde las formas de intervención son únicamente parámetros de la responsabilidad, y lo decisivo para la intervención es el grado de responsabilidad, la causalidad tiende a ser desplazada, en ese sentido quien no hace nada contra la comisión de los delitos internacionales, sino que elige colaborar es responsable incluso aunque no pueda evitar los mismos, que a su vez desvirtúa por completo la obediencia debida como causal eximente de responsabilidad. La tendencia del Derecho Penal Internacional es hacer responsable a los hombres de atrás no de forma derivada o accesorio como una complicidad sino por el contrario de manera principal como principales autores, como las que posibilitan el hecho o que son funcionalmente necesarias para el resultado.

6.1 Formas de intervención

Dominio por organización.

Es conocida como una responsabilidad ministerial funcional, y asume una importancia central en el Derecho Penal Internacional, porque se da un desplazamiento vertical, del autor de abajo (autor directo) hacia el autor de arriba (autor mediano de escritorio), y consiste básicamente en el dominio del autor mediano sobre el autor ejecutor del hecho, por medio de aparatos de poder organizado, como se conoce en el juicio del caso Eichmann, donde se resalta que la responsabilidad colectiva en macrocrímenes aumenta al irse distanciando del

hecho, y la organización se puede inferir a partir de estructuras militares, políticas, a los hombres de “atrás”, dando lugar al dominio de sistema sobre el dominio individual.

Responsabilidad por mando y omisión.

La responsabilidad por mando o comandante presupone que el autor ostente una determinada posición militar o política, y está relacionada con una responsabilidad por omisión en la medida que dicha situación de rango coloca en una posición de garante al superior, de la cual surgen unos deberes de protección y vigilancia cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión. El Tribunal de Tokio argumentó en sus sentencias en este aparte la vigilancia intensificada contra el gobierno colectivo y sus miembros, consistente en responsabilizar a militares y civiles cuando ellos tenían la posibilidad efectiva de evitar los hechos de sus subordinados, así no sean los superiores o de más alto rango, sino también a jefes de pequeñas unidades militares y subordinados pero que tengan el control efectivo y la posibilidad de tomar contramedidas preventivas o al menos represivas.

La responsabilidad penal individual se despliega a nivel internacional bajo un modelo normativizante más que causalista separándose de la dogmática tradicional, ya que el concepto no es la intervención como tal sino la responsabilidad, la cual no presupone causalidad ni la aportación individual del coautor, sino el principio de culpabilidad, por cuanto lo que se reprocha o indaga es la decisión de cometer el hecho, la supervisión, la causalidad hipotética, partiendo del “hombre de delante” que realiza naturalísticamente el hecho “hacia el

hombre de atrás”, como responsable principal, lo que se conoce como responsabilidad global, del principal al pequeño, que determina una pena más grave al hombre de atrás, de allí que el nivel de responsabilidad se gradúa por medio de la *forma o función de la* intervención, y que la misma dependa de su propia culpabilidad, en aquello que era previsto, o que podría haber sido previsto.

El modelo de imputación en casos masivos es conocido como modelo sistémico de intervención, que consta de tres elementos; el primero la conducta concreta del sujeto individualmente considerado, el segundo el nexo delictivo sistémico, que corresponde a la conducción del delito por un grupo criminal o un programa criminal, y el tercero el delito en sí mismo, caracterizado por los principios de proporcionalidad, fungibilidad, y culpabilidad en el cual todos los individuos pueden ser reemplazados sin alterar el resultado, donde la responsabilidad individual se atribuye según la función del interviniente y su contribución al hecho en el contexto del sistema criminal.

En los casos de la intervención de varias personas, tal como se expresa en los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidios, a efectos de deducir responsabilidad se atribuye según la función del interviniente, en una coautoría ampliada de responsabilidad horizontal, donde el autor al conocer el sistema, su naturaleza y plan común, interviene dolosamente en el sistema criminal y por tanto será autor, el mismo eleva su responsabilidad cuando ostenta la posición de autoridad, y no emplea dicha autoridad para evitar el hecho. Con todo quien en dicho sistema es carente de influencia será suficiente para que no

genere una responsabilidad individual. En la coautoría ampliada se requiere una pluralidad de personas o grupo quien realiza dolosamente una contribución o ayuda a la actividad del grupo y al hacerlo comparte su fin común, o por lo menos lo conoce (elemento subjetivo), la responsabilidad de los hechos se comparte a todos ya que dicha comisión era previsible, así como los excesos en que haya incurrido por el interviniente directo, y abarca aquellos casos de contribución mediante una ayuda indirecta de apoyo sistemático como sería el suministro de armas, la financiación o formación, quien sin un aporte fáctico, es un autor así sea por hechos cometidos por otros intervinientes y por tanto no se degrada a un mero cómplice.

En lo que atañe a la complicidad en Derecho Penal Internacional, no se descarta una complicidad física que concurra con el hecho, no obstante la contribución del cómplice apunta a haber facilitado el resultado, o un efecto sustancial en el hecho, la contribución no tiene que ser necesariamente tangible, incluso no se requiere la presencia física en el lugar ni en el hecho principal, sino en esencia se concibe como animar psíquicamente, apoyo moral, y facilitar, de modo que la sola presencia en la realización del hecho en cuanto tal, no genera responsabilidad en relación con la complicidad. Tal categoría, se entiende igualmente con elementos intangibles como aporte por ejemplo en una actividad profesional, quien fabrica insecticida y lo suministra para un genocidio, sin que tenga esta persona las intenciones de dicho fin pero basta que conozca que el actor principal tenga esas intenciones especiales, es decir, basta que tenga conocimiento del hecho, ya que su conducta apoya su realización.

Dentro del desarrollo internacional y en especial del Estatuto de Roma se ha recogido esta serie de figuras en sus artículos 25 a 28, y en especial se ha implementado el modelo de supervisión, por omisión contraria a su deber, en lo que atañe a la responsabilidad de superiores por delitos cometidos por subordinados en crímenes internacionales, y que se extiende a superiores civiles, este tipo de responsabilidad encierra una situación jurídica y de facto entre superior y subordinado, el superior debe tener al que comete el crimen internacional bajo su autoridad y control, concretamente en condiciones de impedir la comisión del hecho, de castigarla y de entregar al autor a las autoridades de persecución penal. En ese sentido, presupone que el superior tenga la razón para saber que sus subordinados están próximos a cometer un crimen internacional, o que lo están cometiendo, y es responsable quien conociendo la información se desentiende de la comisión del hecho.

El Art. 28 de la CPI, determina que el superior es responsable, cuando tiene el deber de vigilar si sus subordinados respetan y cumplen el Derecho internacional Humanitario, el Art. 25 del citado Estatuto, reconoce la comisión del hecho por otro, para ello es necesario determinar el dominio del hecho, control sobre la comisión del hecho, ánimo de autoría y autodeterminación de la resolución criminal. El Estatuto parte de una diferenciación en la responsabilidad de acuerdo a la forma de participación, como un sistema regulador consistente, y en consideración de que los delitos internacionales no son cometidos por una sola persona sino por un grupo de personas, que se relacionan de manera compleja, permite ese análisis respecto del delito.

Tal escenario no se presenta en cuanto al tratamiento y aplicación de penas, ya que en este punto ha sido rudimentario, el desarrollo punitivo que no diferencia en materia de penas, no existe un marco penal para cada crimen internacional sino por el contrario se consigna cuál será la pena máxima de 30 años, mientras que en casos de extrema gravedad podrá imponer una pena de por vida, tampoco el ER, contempla agravantes o atenuantes de responsabilidad, dando lugar a un amplio margen de discrecionalidad para los jueces (Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional, Yesid Reyes Alvarado Universidad Externado de Colombia. p. 50 y 85).

Capítulo 7

Jurisdicción Especial para la Paz - Caso colombiano

Luego de un enfrentamiento de medio siglo el gobierno nacional y las Farc-Ep , acordaron colocar fin de manera definitiva al conflicto armado interno, lo cual supone la apertura de un nuevo capítulo de transición pactado en un acuerdo final, el cual contiene seis puntos que se relacionan, el primero: con la reforma agraria; segundo: participación política, dejación de armas y la proscripción de la violencia como método de acción política; tercero: cese al fuego y hostilidades bilateral y definitivo, reincorporación de las Farc-Ep a la vida política; cuarto: solución al problema de las drogas ilícitas; quinto: se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR), que contribuye a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permitan la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los desaparecidos, y la reparación al daño causado a personas, colectivos y a territorios enteros.

7.1 Naturaleza jurídica de los acuerdos de La Habana

En el presente trabajo nos referimos en especial al punto 5 en cuanto al sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, y en principio se verifica su

naturaleza jurídica, frente a ello se ha discutido sobre valor jurídico y su vinculación al orden interno colombiano, para ello es preciso hacer mención que Colombia como todo Estado es un sujeto de derecho internacional, y como tal puede celebrar Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales.

El artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define un tratado como un “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional”. De esta manera, un tratado internacional hace referencia a una transacción entre Estados, a la creación de acuerdos escritos, por medio de los cuales los Estados participantes se vinculan legalmente para actuar de una forma particular o para establecer determinadas relaciones entre ellos, que se rigen por el derecho internacional. Así, en un tratado internacional, se estipulan una serie de condiciones y acuerdos que obligan a las partes. Si bien el Acuerdo Final de La Habana es un pacto escrito y expreso que tiene vocación de producir obligaciones vinculantes para las partes en cuestión, este carece de uno de los elementos esenciales de los tratados, a saber, la naturaleza de las partes firmantes. De acuerdo con la Convención de Viena, los tratados son acuerdos internacionales celebrados entre Estados, por ende no constituiría un tratado internacional ya que los miembros de las Farc-Ep no representan a un Estado en su organización.

Por ello se calificó como un acuerdo especial regulado bajo derecho internacional humanitario (DIH). En un principio, fue estipulado en el artículo 4 del Acto Legislativo 01 del 7 de julio de 2016, el Acuerdo Final constituía un Acuerdo

Especial en los términos del Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, y que una vez fuera firmado y entrará en vigor ingresaría en estricto sentido al bloque de constitucionalidad en su totalidad. Lo anterior fue determinado por las partes, partiendo de la base de que si en esencia lo que buscan los Acuerdos Especiales a la luz del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es humanizar la guerra, entonces, estos podían llegar a contemplar un acuerdo para poner punto final al conflicto (Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 30: 41-60, enero - junio de 2017, 52. Álvaro Francisco Amaya-Villarreal - Valeria Guzmán-Duarte Puntualmente).

Bajo este entendido, si el objetivo es el cese al sufrimiento de la población, y el fin del conflicto por ende un acuerdo de paz, está incluido en tal disposición internacional, y en ese sentido el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), máxima autoridad en la materia, emitió concepto. El CICR afirmó que los acuerdos especiales pueden también prever mecanismos y otras medidas concretas que faciliten las obligaciones de las partes, y, que en efecto, el artículo 3 común puede ser implementado mediante acuerdos de paz, incluyendo en su parágrafo tercero para conflictos no internacionales, en la medida en que estos contengan disposiciones que impliquen la entrada en vigor del DIH, en la materias relacionadas con el conflicto.

El Acuerdo Final como se puede observar está destinado a superar las causas del conflicto armado, y pretenden no solo acabar con las hostilidades sino evitar que la violencia armada surja de nuevo. De esta forma, las medidas en materia de

tierras o solución del asunto de las drogas ilícitas, al buscar una paz estable, estarían orientadas al fin último del DIH, es decir, a evitar el impacto humanitario que produce el conflicto armado. Por ello, el Acuerdo Final en su conjunto se podría considerar como acuerdo especial, para el Gobierno y las FARC este concepto fue clave y decidieron pactar esa fórmula para blindar el Acuerdo Final.

No obstante, y como resultado del plebiscito del 2 de octubre de 2016 en el cual se buscó refrendar esos acuerdos, los mismos no alcanzaron la mayoría por parte de la población, el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2016 fue derogado mediante el Acto Legislativo 01 de abril de 2017, como reforma que reemplazó su texto de la siguiente manera:

En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales.

De esta manera se dejó como fuente de interpretación para su implementación, y no se reconoce que ingrese al ordenamiento interno como un instrumento internacional, como un acuerdo especial, por tanto no está integrado automáticamente al bloque de constitucionalidad como tal, pero deja como base,

servir de fuente material para la legislación e implementación de los respectivos componentes del acuerdo, en punto a que los mismos remiten como normas expresas a aplicar y en Especial a la Jurisdicción Especial para la Paz, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Penal Internacional DPI) (Amaya-Villarreal, Álvaro Francisco y Guzmán-Duarte, Valeria, La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación, 30 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 41-60 (2017).

7.2 Implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el orden jurídico interno

En el orden Constitucional interno de Colombia, y con el fin de que el derecho nacional no obstaculicen la aplicación de los acuerdos, y se cumpla de manera seria y real con las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano, contenidas en esos acuerdos especiales, que bajo criterio expuesto en el desarrollo del presente trabajo, los acuerdos especiales a la luz del derecho internacional son obligatorias ya que son aplicables con carácter, *erga omnes* por tratarse de un conflicto no internacional regulado por los convenios de Ginebra.

Sin embargo, como se dijo el Estado optó por buscar mayores garantías y recurre a la reforma Constitucional como el camino más seguro interno, aprobando mediante acto legislativo No. 01 de abril 4 del año 2017, en el cual incorporó un título transitorio a la Constitución, denominado “acuerdo Final para la terminación

del conflicto y la construcción para una paz estable y duradera”, el cual fue objeto de control Constitucional por el máximo órgano interno, sentencia emitida por la Corte Constitucional No. 674 de 2017, la cual zanjó las discusiones al respecto sobre el valor jurídico de los acuerdos.

En dicho fallo, la Corte declara la exequibilidad de las normas bajo un análisis enfocado al cumplimiento de estándares internacionales desarrollados en el presente trabajo y donde acoge los mismos en el sentido de que el acto legislativo o reforma Constitucional es un marco jurídico para brindar herramientas generales para ser empleadas en los procesos de transición, a través de mecanismo judiciales, no judiciales, y habilita al legislativo para establecer tratamientos penales especiales para actores del conflicto y con el fin de facilitar la terminación del conflicto pero con criterios de priorización y selección para la función de persecución, investigación y sanción de máximos responsables, en relación con los delitos y crímenes de lesa humanidad, de genocidio, y de los crímenes de guerra, flexibilizando la función sancionadora, a través de reducciones de sanciones o la concesión de penas alternativas, estos tratamientos especiales son condicionados a compromisos como la dejación de armas, el reconocimiento de la responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y la reparación integral a las víctimas, liberación de secuestrados, y la desvinculación de menores de edad reclutados ilícitamente, el acto legislativo posibilita igualmente que los desmovilizados se reincorporen a la vida política, excepto en los casos de la comisión de crímenes sistemáticos.

Respecto al estándar internacional en el juzgamiento de máximo responsables claramente la Corte manifestó:

(...) Este mismo entendimiento del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario ha tenido la Corte Penal Internacional. Justamente, este organismo ha concluido que la impunidad no se da por superada con la sola atribución formal de responsabilidad en una sentencia judicial, sino con la imposición real y efectiva de la condena correspondiente, esto es, con una restricción objetiva de la libertad que sea proporcional con la infracción cometida, y que por tanto, la Corte Penal Internacional únicamente da por satisfecha las obligaciones del estado colombiano en relación con el Estado de Roma, cuando se ejecuta adecuadamente la sanción impuesta. Es así como la fiscal adjunta de este organismo sostuvo, en relación con Colombia, que “aquellas personas dentro de las FARC y el ELN que presuntamente eran los más responsables por los crímenes más graves cometidos habían sido sometidos a procesos nacionales genuinos. Esta conclusión se alcanzó sobre la base de las condenas dictadas por las autoridades colombianas contra líderes de las FARC y el ELN por conductas relevantes para la CPI. Sin embargo, esta conclusión estaba sujeta a la adecuada ejecución de las penas (...) cuando el proceso resulte en una condena, la evaluación de la voluntad real también abarcará la pena impuesta. Este es el motivo por el que, en el informe intermedio sobre su examen preliminar, la Fiscalía consideró que eran genuinos los procesos

llevados a cabo contra los líderes de las FARC y el ELN, que fueron condenados *in absentia*, siempre que se haga una adecuada ejecución de las sentencias (...) la forma en que un acuerdo de paz afecte los procesos a nivel nacional tendrá un impacto sobre el examen de la Fiscalía acerca de la admisibilidad de los casos (...) la aplicación de las disposiciones del Estatuto de Roma debe ser consistente con su objetivo principal: terminar con la impunidad de los crímenes más serios. Con este propósito, el Estatuto, y otros instrumentos internacionales, reiteran la obligación de los Estados miembros no solo de investigar y perseguir, sino de castigar a los perpetradores de tales crímenes.

La sentencia igualmente examina desde el ámbito internacional la ponderación de principios, derechos y valores, en torno a las víctimas en relación con la justicia Transicional, la satisfacción de sus derechos y el logro de fines de la paz y justicia deben equilibrarse, sin apartarse de los estándares en materia de lucha contra la impunidad y explica la Corte que en procesos de Transición, si el objetivo es buscar esa paz y que sea alcanzable, los derechos de las víctimas se ven restringidos, tan solo y en tanto sea indispensable para la consecución de la paz.

A juicio de la Corte, en contextos como este los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación admiten restricciones, en consideración de ese fin precisamente, la paz, a través de la desmovilización voluntaria de los grupos armados tiene como contrapartida la flexibilización de las condiciones de penalización, puesto que, de lo contrario, “por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el

conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable”; de allí, resulta admisible expresa la corporación, en tanto no desconozcan la base misma de los derechos en cabeza de las víctimas: “la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas a que ellos se impongan para poner fin al conflicto armado”. Adoptando para esto criterios de selección y priorización. En el marco de la Ley de Justicia y Paz, por ejemplo, se habilitó a la Fiscalía General de la Nación para adoptar criterios de selección y priorización, en el entendido de que en estos contextos la investigación y el juzgamiento se puede orientar a identificar los patrones de criminalidad, y a conocer sus contextos, causas y motivos, y de que la criminalización se puede circunscribir a los máximos responsables”.

En este punto los responsables la Corte recoge igualmente el estándar internacional referenciado en el transcurso de este escrito, en especial en relación a los tribunales de Núremberg, Yugoslavia y Ruanda contenidos en el Estatuto de Roma expresando; que el Estatuto de Roma, contiene dos formas de responsabilidad para miembros de la fuerza pública y para demás miembros de organizaciones, es así que responsabiliza por crímenes de competencia de esa Corte aquellos que hubieren cometido dichas conductas por fuerzas bajo su mando y control efectivo o autoridad, según sea el caso, la Corte determina desde ya los requisitos para que se aplique dicha responsabilidad indicando: (...) “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i)

hubiere[n]sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere[n] adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

En los demás escenarios el artículo 28 b) precisa que la responsabilidad se configura cuando el superior “hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” y “los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”.

Siguiendo en este orden la Corte igualmente hace referencia, sobre los aspectos punitivos donde se tiene en cuenta los tipos penales consagrados en la legislación interna, no obstante en materia de penas, se aplica un régimen específico de alternatividad penal, donde condiciona la libertad al cumplimiento de los compromisos y beneficios otorgados, y de penas especiales dosificada a los escenarios de transición sin dejar a un lado el cumplimiento del estándar internacional, manifestando la Corte en el siguiente sentido:

(...) Así las cosas, aunque el ordenamiento jurídico colombiano contiene los dispositivos de orden sustantivo y procesal para activar la función investigativa, acusatoria y sancionatoria del Estado, las cuales, en principio,

podrían ser utilizadas para canalizar los hechos ocurridos en el marco del conflicto armado, el Acto Legislativo 01 de 2017 crea un sistema especial para este escenario. Así, por ejemplo, la legislación penal se ampara en el modelo de persecución individual de los delitos, mientras que el Acto Legislativo responde a un paradigma distinto, basado en la necesidad de develar y enfrentar las estructuras y los patrones del conflicto armado, y de sancionar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos. Así mismo, aunque el Código Penal colombiano establece el catálogo de delitos y de penas, tipificando, entre otros, los delitos contra la vida y la integridad personal, como los de genocidio, homicidio y aborto, los delitos contra personas y bienes protegidos, como los de homicidio, lesiones y tortura en persona protegida, la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos o el desplazamiento forzado en población civil, los delitos contra la libertad individual como la desaparición forzada, el secuestro o la tortura, los delitos contra el medio ambiente, y los delitos contra la seguridad del Estado, como el concierto para delinquir o el terrorismo, el Acto Legislativo 01 de 2017 dispone la aplicación parcial de este instrumento en el contexto de la Jurisdicción Especial para la Paz, debiendo ser utilizado únicamente para la calificación de las conductas delictivas, pero no para fijar el esquema sancionatorio, que obedece a una lógica distinta, ya no basada en la gravedad de la conducta cometida, sino asociada a otras variables como el aporte del victimario a la verdad y a la reparación de las víctimas, y al momento en que se produce esta contribución. De igual modo, aunque el Código de Procedimiento Penal establece las reglas y los instrumentos para

el cumplimiento de la función investigativa y acusadora en función de la Fiscalía General de la Nación, y para el ejercicio de la función sancionatoria en cabeza de la jurisdicción ordinaria, el Acto Legislativo remite al legislador para que diseñe un procedimiento especial, destinado específicamente a regir en los trámites que se surten en la Jurisdicción Especial para la Paz. Lo propio ocurre en relación con los instrumentos de reparación, ya que el ordenamiento jurídico colombiano contempla una serie de instrumentos y mecanismos para determinar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los victimarios, y eventualmente del Estado, frente a las víctimas, mediante mecanismos como las medidas cautelares contra el victimario, el incidente de reparación integral en el proceso penal, y las reglas generales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, el Acto Legislativo contempla unas herramientas distintas, disponiendo, por ejemplo, que contra los beneficiarios de las medidas de amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal, no proceden las acciones judiciales en su contra, o que contra los miembros de la fuerza pública sancionados por la JEP no procede la acción de repetición ni el llamamiento en garantía (Corte Constitucional C-674 de 2017 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

En el sentido expresado por la Corte, la creación Jurisdicción de Paz, está precedida por un acuerdo especial y por este acto legislativo reformativo de la Constitución, lo cual le da suficiente piso jurídico para emprender el tránsito a un periodo de menor violencia, a través de uno de los componentes más importantes declarando exequible, y donde determina que dicha jurisdicción tiene su

autonomía administrativa, autogobierno, es independiente a la Rama Judicial, y tiene puntos de encuentro con la misma en la tutela, y respecto a su interacción con toda la estructura de justicia, expresa;

(...) 5.3.1.1. En primer lugar, el Acto Legislativo 01 de 2017 creó una nueva institucionalidad encargada de operar los instrumentos de transición. Desde una perspectiva política, este fenómeno se explica por dos razones. Por un lado, por las reservas que algunos actores del conflicto armado han manifestado en la institucionalidad existente, debido, entre otras cosas, al alto nivel de impunidad que existiría en relación con los delitos cometidos en dicho contexto, y por la presunta inexistencia de garantías de imparcialidad por parte de los órganos tradicionales del Estado; así, las cosas, la creación de nuevos órganos vendría a constituir un requerimiento esencial de la negociación entre los actores del conflicto, para canalizar el proceso de paz. Por otro lado, la necesidad de crear una institucionalidad distinta para operar los instrumentos de transición se explicaría por las particularidades y complejidades propias de estos escenarios, que exigirían una instancias altamente especializadas, y dedicadas exclusivamente a operar los dispositivos propios de esta realidad; desde esta perspectiva, la conclusión definitiva de este período de violencia en Colombia requiere de nuevos órganos concebidos y diseñados específicamente para este propósito.

7.3 Desarrollo estructural de la jurisdicción

- I. El 23 de septiembre de 2015, el Gobierno Nacional acordó crear una Jurisdicción Especial para la Paz que ejercerá funciones judiciales y hará parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

La JEP cumplirá con el deber del Estado colombiano de investigar, esclarecer, perseguir, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) que tuvieron lugar en el contexto y en razón del conflicto armado.

II. Objetivos de la JEP

- Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia
- Ofrecer verdad a la sociedad colombiana
- Contribuir a la reparación de las víctimas
- Contribuir a luchar contra la impunidad
- Adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado, respecto a hechos cometidos en el contexto y en razón de éste.

- Contribuir al logro de una paz estable y duradera.

III. Principios básicos

- Centralidad de las víctimas: Las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. En todas las actuaciones de la JEP se tomarán en cuenta como ejes centrales estos derechos y la gravedad del sufrimiento infligido.
- Seguridad jurídica: La JEP adoptará decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado. Todas las decisiones de la JEP harán tránsito a cosa juzgada cuando estén en firme y se garantizará su inmutabilidad. El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la JEP. Las decisiones de la JEP sólo podrán ser invalidadas o dejadas sin efecto por el Tribunal para la Paz.
- Condicionalidad: Para acceder a cualquier tratamiento especial previsto en la JEP es necesario reunir las condiciones que sobre verdad, reparación y no repetición se establezcan en el SIVJNR. En las resoluciones y sentencias de la JEP se comprobarán los requisitos.
- Derecho a la paz: La paz es un derecho y el Estado está obligado a alcanzarla. La paz es condición necesaria para el ejercicio y disfrute de todos los demás derechos. Todos los operadores de la JEP deberán interpretar las normas pertinentes y tomar sus decisiones teniendo como principio orientador

el derecho a la paz.

- **Integralidad:** La JEP hace parte del Sistema Integral, por ello deberá contribuir de manera efectiva, coherente y articulada con las demás medidas a la satisfacción de los derechos de las víctimas, la terminación del conflicto armado y el logro de una paz estable y duradera.
- **Inescindibilidad:** La aplicación de la JEP a todos quienes participaron de manera directa e indirecta en el conflicto armado es inescindible y por lo tanto ésta se aplicará de manera simultánea e integral.
- **Prevalencia:** La JEP prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas. Lo anterior no obsta para que la justicia ordinaria continúe investigando, juzgando y sancionando los hechos y conductas que no sean competencia de la JEP.
- **Debido proceso:** Todas las actuaciones de la JEP respetarán los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, asistencia de abogado, presunción de inocencia y la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales. Las personas podrán ejercer su derecho a la defensa ante todos los órganos de la JEP y recurrir las resoluciones y sentencias de las salas y secciones. Todas las decisiones de la JEP serán debidamente motivadas y fundamentadas en pruebas confiables y admisibles ante tribunales de justicia.

- Enfoque diferencial: La JEP tendrá en cuenta las distintas consecuencias de las violaciones contra mujeres así como contra los grupos más vulnerables, sujetos de especial protección, o especialmente afectados por el conflicto, entre ellos los pueblos indígenas, las comunidades afro--descendientes, los campesinos, los más pobres, las personas en condición de discapacidad, las personas desplazadas y refugiadas, la población LGBTI y los adultos mayores.
- Equidad de género: Los órganos de las JEP serán conformados con criterios de equidad de género y respeto a la diversidad étnica y cultural. El funcionamiento de la JEP dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños.
- Concentración en los casos más graves y representativos: Todos los órganos de la JEP tendrán las más amplias facultades para organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo, fijar prioridades, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, así como adoptar criterios de selección y descongestión. Al ejercer estas facultades tendrán en cuenta la necesidad de evitar tanto que las conductas graves y representativas queden impunes, así como prevenir la congestión del Tribunal.

IV. Competencia

- Competencia temporal: La JEP tendrá competencia respecto de conductas cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado, cometidas con

anterioridad a la firma del Acuerdo Final.

- Competencia material: El Tribunal para la Paz se ocupará de los delitos no amnistiabiles ni indultables, como los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, en especial de los casos más graves y representativos.
- Competencia personal: La JEP se aplicará, de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, a todos quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, cometieron delitos en el contexto y en razón de éste, siempre que cumplan con las condiciones del SIVJRNR.

Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, la JEP solo se aplicará a los grupos que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno y la participación en el SIVJRNR estará sujeta a la dejación de armas.

Respecto de los agentes del Estado, la JEP se aplicará a quienes hayan cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto armado.

Los miembros de los grupos paramilitares que se desmovilizaron vienen rindiendo

cuentas ante la justicia en los procesos de Justicia y Paz y en la justicia ordinaria, y en esa medida sus casos no serán competencia de la JEP. Sin embargo, el Gobierno se comprometió a tomar medidas para fortalecer el esclarecimiento del fenómeno en los procesos de Justicia y Paz y de la Ley 1424 de 2010. Serán de competencia de la JEP las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos.

Los terceros que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan participado de manera indirecta en el conflicto armado y hayan cometido delitos en el contexto y en razón de éste, **podrán** acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen. La JEP sólo podrá obligar a comparecer a aquellas personas frente a quienes existan bases suficientes para entender que la conducta existió y que la persona mencionada en efecto hubiera tenido una participación determinante en la comisión de los crímenes más graves y representativos. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto **podrán** acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen.

V. Amnistías e indultos

La concesión de indultos y amnistías se regirá por las siguientes reglas:

- De conformidad con el DIH “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible”.
- La Constitución únicamente permite otorgar amnistías o indultos por el delito político de rebelión y otros delitos conexos con éste.
- Una Ley de Amnistía determinará de manera clara los delitos amnistiables e indultables y los criterios de conexidad. En la Ley de Amnistía se determinarán las conductas tipificadas en la legislación nacional que no serán amnistiables.
- La conexidad con el delito político comprenderá dos tipos de criterios:

- Criterios de inclusión:

- * Delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado.
- * Delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente.
- * Conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

- Criterios de exclusión:

- * No serán objeto de amnistía ni indulto, ni de tratamientos equivalentes, los

delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

- * Tampoco son amnistiables o indultables los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión.

VI. Procedimientos

En la JEP se surtirán dos tipos de procedimientos: (i) Procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad; y (ii) Procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad.

La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) es el componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, creado por el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y las Farc-Ep. La JEP tiene la función de administrar justicia transicional y conocer de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado que se hubieran cometido antes del 1 de diciembre de 2016. La existencia de la JEP no podrá ser superior a 20 años.

La JEP fue creada para satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecerles verdad y contribuir a su reparación, con el propósito de construir una paz estable y duradera. El trabajo de la JEP se enfocará en los delitos más graves

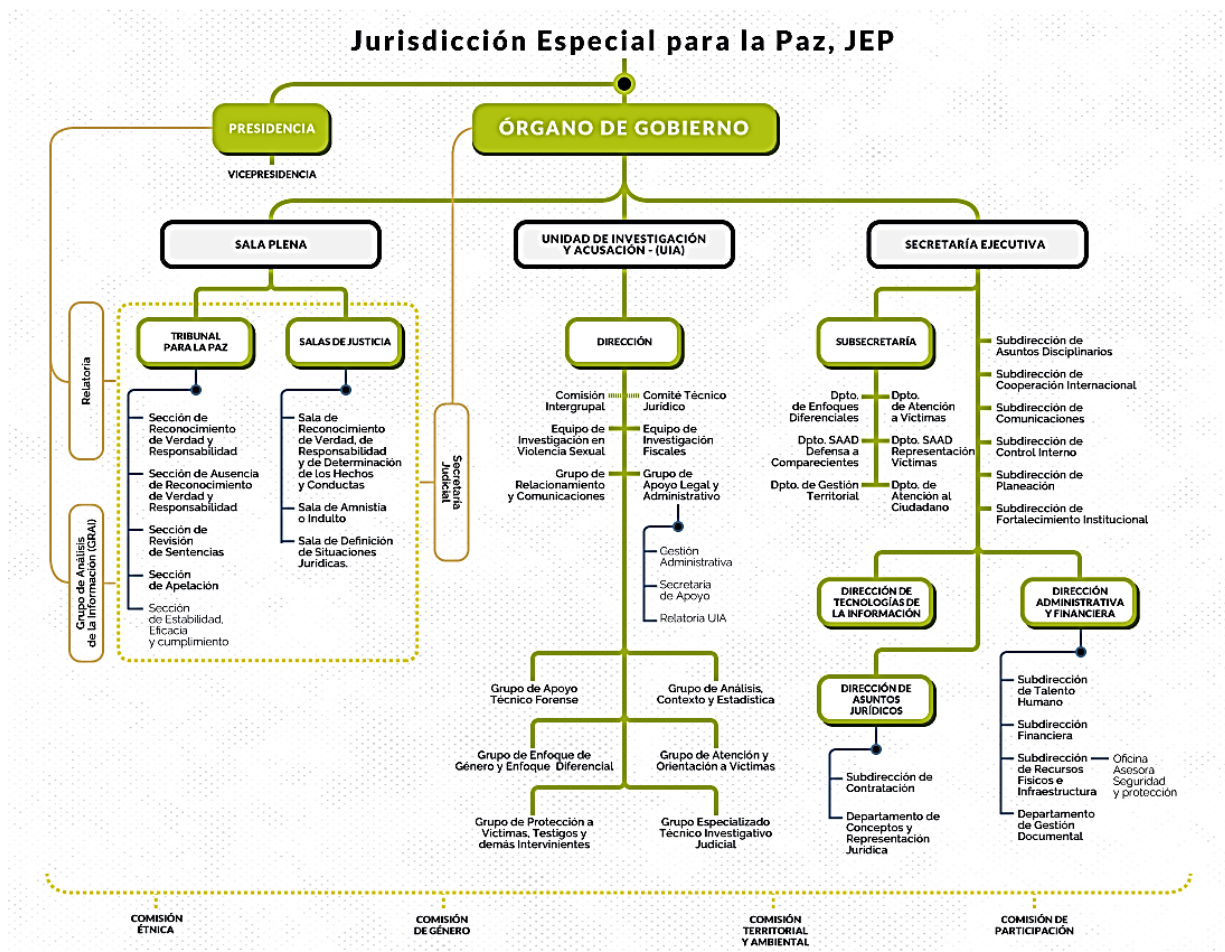
y representativos del conflicto armado, de acuerdo con los criterios de selección y priorización que sean definidos por la ley y los magistrados. En particular, podrá conocer de los delitos que hubieren cometido excombatientes de las Farc-Ep, miembros de la Fuerza Pública, otros agentes del Estado y terceros civiles. Sobre estos dos últimos, la Corte Constitucional aclaró que su participación en la JEP sería voluntaria.

Organización de la JEP.

Adicionalmente, se cuenta con las comisiones y comités que fueron creados por el Reglamento General de la JEP (Acuerdo 001 del 9 de marzo de 2018 proferido por la Sala Plena):

- **Comisión Territorial y Ambiental:** Se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque territorial y ambiental en el componente de justicia del SIVJNR. Sus funciones se encuentran en el capítulo 16 del Reglamento General de la JEP.
- **Comisión Étnica:** Se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque étnico-racial en la JEP. Sus funciones se encuentran en el capítulo 16 del Reglamento General de la JEP.
- **Comisión de Género:** Se encarga de promover la efectiva implementación del enfoque de género en la JEP. Sus funciones se encuentran en el capítulo 16 del Reglamento General de la JEP.

- Comité de Coordinación Interinstitucional del SIVJRN: Cuya principal función es la de propiciar la articulación y coordinación de la actuación de los órganos del Sistema.
- Comité de Ética: Debe velar por la observancia y cumplimiento del Código de ética, buenas prácticas y convivencia.



Fuente: Jurisdicción Especial para la Paz

Distribución de salas y competencias.

La Justicia Especial para la Paz, está compuesta por tres Salas y un Tribunal para la Paz, conformada por un total de 18 magistrados titulares y 6 suplentes, específicamente así:

- **Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas:** Le corresponderá decidir si los hechos atribuidos a las distintas personas son competencia del Sistema por haber sido cometidos por causa, con ocasión o con relación directa o indirecta con el conflicto armado interno; recibir informes que le presentarán algunos órganos por conductas ocurrida hasta el 1 de diciembre de 2016; recibir informes de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos colombianos relativos a las conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado; recibir las declaraciones de aporte de verdad y reconocimiento de responsabilidad tanto individuales como colectivas; remitir a la Sala de Amnistía e Indulto el listado de las personas beneficiadas con tales medidas; presentar resoluciones de conclusiones ante la sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, con la identificación de los casos más graves y representativos, la individualización de las responsabilidades, la calificación jurídica de las conductas, los reconocimientos de verdad y responsabilidad y el proyecto de sanción propuesto.

- **Sala de Definición de Situaciones Jurídicas:** Se encargará de definir la situación jurídica de quienes no sean objeto de amnistía o indulto ni serán incluidas en resolución de conclusiones; definir el tratamiento que se dará a las sentencias previamente proferidas por la justicia respecto a las personas objeto de la Jurisdicción Especial para la Paz; determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad; calificar la relación de la conducta con el conflicto armado para el ejercicio de sus funciones; definir la situación jurídica de las personas que, sin pertenecer a una organización rebelde, tengan una investigación en curso por las conductas que sean competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz.
- **Sala de Amnistía o Indulto:** Será la encargada de otorgar amnistía o indulto en casos de personas condenadas o investigadas por delitos amnistiables e indultables, de oficio o a petición de parte. Cuando la petición de amnistía o indulto verse sobre conductas no indultables ni amnistiables, la Sala remitirá el caso a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.

Tribunal para la Paz.

Es el órgano de cierre y la máxima instancia de la JEP. Cuenta con 20 magistrados colombianos titulares y 7 suplentes.

Estará conformada por cuatro secciones que empezarán a funcionar desde el primer momento de operación de la JEP, y otra que se establecerá cuando ésta

culmine sus funciones:

- Sección de Primera Instancia con Reconocimiento de Responsabilidad: Cuando haya reconocimiento de responsabilidad, proferirá sentencias e impondrá sanciones propias en contra de los acusados.
- Sección de Primera Instancia sin Reconocimiento de Responsabilidad: Cuando no haya reconocimiento de responsabilidad, se celebrarán juicios contradictorios y se proferirán sentencias, absolutorias o condenatorias. En las condenatorias, impondrá las sanciones alternativas u ordinarias correspondientes.
- Sección de Revisión de Sentencias: Cuando no proceda la renuncia a la persecución penal, a solicitud de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, revisará las sentencias proferidas y decidirá sobre la sustitución de sanciones penales impuestas al interior de la Jurisdicción Ordinaria, imponiendo las sanciones propias o alternativas contempladas al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz. Igualmente, conocerá en primera instancia de las acciones de tutela contra decisiones de la Jurisdicción, y excepcionalmente, revisará las resoluciones y sentencias de la JEP por las causales contenidas en el literal e del artículo 97 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.
- Sección de Apelación: Decidirá de la impugnación de sentencias proferidas

por cualquiera de las Secciones de primera instancia.

- **Sección de Estabilidad y Eficiencia:** Se establecerá después de que el Tribunal para la Paz haya concluido sus funciones, y su principal objetivo será garantizar la estabilidad y eficiencia de las resoluciones y sentencias adoptadas al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Unidad de Investigación y Acusación.

Estará integrada por un mínimo de 16 fiscales colombianos, que serán nombrados y posesionados por el Director de la Unidad. Adicionalmente, contará con un equipo de investigación especial para casos de violencia sexual.

Secretaría Ejecutiva.

Se encargará de la administración, gestión y ejecución de los recursos de la Jurisdicción Especial para la Paz.

VII. Sanciones

Las sanciones que imponga el Tribunal para la Paz tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Las sentencias del Tribunal enunciarán de manera precisa el contenido de la sanción, lugar de ejecución de la misma, así como las condiciones y efectos de éstas. Las sanciones serán de tres tipos:

- Sanciones propias: Se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la SRVR. Tendrán una función restaurativa y reparadora del daño causado, y respecto a determinadas infracciones muy graves tendrán un mínimo de duración de 5 años y un máximo de 8 años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos la sanción será de 2 a 5 años.

Restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción.

- Sanciones alternativas: Se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de Primera Instancia, antes de proferir la sentencia. Tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. Para quienes no hayan tenido una participación determinante en los casos más graves y representativos la sanción será de 2 a 5 años.
- Sanciones ordinarias: Se impondrán a quienes no hayan reconocido

responsabilidad y sean condenados por parte del Tribunal. Cumplirán las funciones previstas en las normas penales. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 años en el caso de conductas muy graves.

Los lugares donde serán ejecutadas las sanciones estarán sujetos al monitoreo propio del sistema, así como a un régimen de seguridad y vigilancia. Se creará un órgano nacional o internacional que verificará el cumplimiento de las sanciones. En todo caso el Tribunal verificará el cumplimiento de las mismas.

7.4 Aspectos relevantes de la ley estatutaria de la JEP

En ejercicio del control constitucional automático por parte de la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C- 80 de 2018 hace el estudio de la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, donde la Corte ratifica el estándar internacional de colocar como centro del sistema de verdad, Justicia Reparación y No repetición a las víctimas, al no restringir únicamente a una reparación con fines económicos sino la mayor reparación posible, determina como criterio que este sistema es un escenario de reconocimiento de verdad que debe estar dispuesto para que las víctimas intervengan y participen; se aplique modelos flexibles y de fácil comprensión para los intervinientes, cumpla con estándares internacionales de intervención, dicho escenarios de reconocimiento de verdad deben procurar no la re-victimización y el mayor grado de satisfacción de sus derechos. Sin embargo, desde la interpretación de la Corte garantiza estos

derechos de las víctimas y no excluye la dimensión retributiva de la sanción, razón por la cual el Proyecto de Ley incluye sanciones restrictivas de derechos (arts. 127 y 132), las cuales deberán ser impuestas de acuerdo al nivel de aceptación de la verdad, el momento del reconocimiento y la satisfacción de los derechos de las víctimas.

En ese orden, la Corte refiere que el Estado colombiano tiene autonomía para establecer jurisdicciones especiales, lo cual se fundamenta en el principio de autodeterminación de los pueblos (Preámbulo; arts. 2, 9 y 22 C.P.) y, en este sentido, tiene la posibilidad para crear y diseñar mecanismos especiales de justicia con el propósito de poner fin al conflicto armado. En relación con integración jurisdiccional, cabe precisar que el artículo 246 de la Carta dispone también que la ley establezca las formas de coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el sistema judicial nacional.

Sin embargo, es claro que no existe una ley de coordinación entre las dos jurisdicciones, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha decantado algunos principios y subreglas, ya mencionadas en diferentes sentencias proferidas por esta corte, pero que hace especial hincapié en que previo a definir su interacción con esa jurisdicción debe existir el mecanismo de la consulta previa, en relación con la inimputabilidad por diversidad cultural, el factor territorial, el factor orgánico o institucional del fuero indígena y su proyección en la protección del debido proceso del acusado y los derechos fundamentales de las víctimas; aclara la Corte que en todo caso la JEP conocerá de manera *preferente* sobre

todas las demás jurisdicciones y de forma *exclusiva* de las conductas cometidas con anterioridad al 1o de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del sistema sólo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional.

La Corte igualmente, hace especial referencia al cumplimiento de la paz como un principio internacional acogido por las diferentes organizaciones internacionales expresando: “La paz es también un principio del derecho internacional aceptado por Colombia y, como tal, rige las relaciones exteriores del Estado (Art. 9 C.P.).

En el ámbito universal, la Carta de las Naciones Unidas, que dio lugar a la constitución de esta organización internacional en 1945, creada después de la segunda guerra mundial con el objetivo de evitar nuevas confrontaciones entre Estados, contempló en el artículo 1, del Capítulo 1, que uno de los propósitos de la ONU es “*mantener la paz y la seguridad internacionales*”. La guerra, por ello, está prohibida en el ámbito de la ONU. La violación de la prohibición de la guerra podría constituir el crimen internacional de agresión de competencia de la Corte Penal Internacional (Art. 5 del Estatuto de Roma de la CPI).

La Asamblea General de Naciones Unidas, así como su Consejo de Derechos Humanos, han expedido Declaraciones sobre el derecho a la paz, que si bien no son normas jurídicas, son criterios autorizados de interpretación sobre las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas. En el ámbito regional, la Carta

de la Organización de Estados Americanos de 1948 señala que la misión de la OEA ha generado convenios y acuerdos “*cuya virtud esencial radica [entre otros] en el anhelo de convivir en paz*”. El artículo 1 señala que la Carta de la OEA tiene por objeto lograr un orden de paz. El artículo 2.a señala además que uno de sus propósitos esenciales es “[a]fianzar la paz y la seguridad del Continente”. También se establecen entre sus principios el de la condena a la guerra de agresión (Art. 3.g) y el de la solución pacífica de controversias (Art. 3.i), prohíbe el uso de la fuerza (Art. 22), prioriza la solución pacífica de controversias (Capítulo V) y permite que se tomen medidas de mantenimiento de la paz, aún exceptuando los principios de no intervención en los asuntos internos del Estado (arts. 19 y 29) y la inviolabilidad del territorio (arts. 21 y 29) (SC-080-2018- Corte Constitucional MP. Antonio José Lizarazo Ocampo).

En ese sentido, la creación del mecanismo de justicia JEP, tiene suficiente fundamento jurídico al referirse que el Estado colombiano está vinculado a estos instrumentos internacionales, la Constitución política le da plena aplicabilidad, y si bien no son normas jurídicas tienen vinculación en la medida que hace parte de esos convenios y tratados internacionales los cuales son plenamente aplicables en el orden interno, y en ese sentido afirma ser fuentes materiales de interpretación, en especial en lo que se refiere al Derecho Penal Internacional hace la salvedad que se aplicará de manera principal las normas nacionales, y subsidiariamente, en especial el Estatuto de Roma en lo que se refiere a agentes del estado, dejando la competencia habilitada en las materias propias de la Corte Penal internacional mediante un tratamiento diferencial.

En relación con la participación política, manifiesta la Corte: “será incompatible el desempeño de un cargo de elección popular con el cumplimiento de las sanciones alternativas y ordinarias impuestas por el Tribunal Especial para la Paz. Esta incompatibilidad hará efecto de pleno derecho con la imposición de la sanción alternativa u ordinaria, según sea el caso. Las inhabilidades impuestas como penas accesorias en providencias judiciales, así como las inhabilidades constitucionales y legales derivadas de las condenas penales y de las sanciones disciplinarias, están suspendidas”.

Tal suspensión está sometida a verificación por parte de la JEP, y está condicionada dicha suspensión a:

Al cumplimiento progresivo y de buena fe de las obligaciones derivadas del Acto Legislativo. [sic] 01 de 2017, en particular: i) dejación de las armas; ii) sometimiento al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; iii) atención de las obligaciones ante la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, y ante la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas y iv) no reincidencia (SC-080-2018- Corte Constitucional MP. Antonio José Lizarazo Ocampo).

La participación política de esta clase de grupos alzados en armas, se ha generado una tensión y crítica respecto a la imposibilidad de esta participación hasta tanto no se cumpla con los compromisos de verdad y reparación, y respecto a la sanción que se debe imponer, la Corte hace referencia que si bien la esencia en todo conflicto armado por regla general, se busca espacios de participación

política, y los mismo quedan regulados en la normatividad respectiva, la Corte concluye que las penas emitidas por la justicia ordinaria quedarán suspendidas y no inhabilita para dicha participación política al respecto; “... en primer lugar, las sanciones que en el futuro imponga la JEP no inhabilitarán para la participación política. Estableció, en segundo lugar, que para efectos de reincorporación de las personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, quedarán suspendidas las condenas que les hubieren sido impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, por razón de conductas de competencia del Tribunal para la Paz, hasta que estas condenas sean tratadas por la jurisdicción especial”. Por ello se ha cuestionado si en este punto se cumple el estándar de sanción y pena efectiva, es decir con privación de libertad, la Corte aclara que efectivamente en procesos de esta naturaleza existe la flexibilización de penas, dando paso a la alternatividad y suspensión de la misma.

Conclusiones finales

En el presente trabajo se propuso desde su inicio como objetivo desarrollar, investigar y profundizar, el origen, naturaleza y desarrollo de los sistemas de justicia transicional implementados en otros países y regiones del mundo, con ocasión de la ocurrencia de conflictos armados a partir de experiencias internacionales en materia de justicia que pudieran ser aplicados o comparados al caso colombiano en la actualidad.

A través del desarrollo planteado se da cumplimiento a dicho objetivo, y a su vez se da respuesta a los interrogantes proyectados al inicio desde la óptica de la trascendencia de cada uno de los conceptos y elementos utilizados por la justicia internacional en torno a la resolución de conflictos internacionales y no internacionales, y el desarrollo y determinación de estándares internacionales en relación especial con el juzgamiento y sanción por crímenes atroces y violaciones de derechos humanos. Lo anterior confluye para explicar el origen, naturaleza jurídica y desarrollo de la denominada Jurisdicción Especial para la Paz implementada en Colombia, lo que da paso a afirmar como la misma dio cumplimiento a dichos estándares en su implementación y aplicación, sobrepasando los controles Constitucionales y de Convencionalidad efectuados por las altas Cortes en Colombia.

Teniendo en cuenta el análisis que se ha realizado en relación con la evolución del

derecho internacional, se puede concluir que la elaboración y construcción de un aparato de justicia y de resolución de conflicto como la denominada JEP, recoge todos esos avances -en una forma más integral- en cuanto a resolución de conflictos de carácter masivo, en procesos de transición, donde se combinan mecanismos judiciales y extrajudiciales como las comisiones de verdad direccionados a obtener mayores grados de verdad como forma de reparación y medidas de satisfacción con garantías de no repetición.

Uno de los primeros estándares es precisamente (el ya comentado en anteriores capítulos) respecto de la persecución, investigación y sanción a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Dentro del acuerdo final, claramente en el punto 5, se consagra de manera amplia y clara el cumplimiento del estándar de adelantar una investigación seria, genuina, efectiva con sanción de máximos responsables, otorgando penas restrictivas de libertad de 5, 8 y 20 años de conformidad con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y tratados multilaterales internacionales como el Estatuto de Roma, el respeto por el derecho internacional Humanitario. Encontramos así presente el estándar respectivo, con mayor razón cuando se trata de escenarios de procesos transicionales, donde se demostró que el costo beneficio se debe balancear en la medida del aporte efectivo de verdad plena y sanción.

La esencia y naturaleza del sistema de justicia transicional como interrogante propuesto inicialmente plantea que la responsabilidad no se reduce a la responsabilidad criminal, en el cual se agote una sanción retributiva sin mayores

beneficios, basada en juicios criminales como se referencia históricamente en el tribunal de Núremberg, sino por la relación entre estos y a su vez en una negociación política; de allí, una concepción diferenciada de justicia, en razón a que en el conflicto colombiano no existió un vencedor como tal, no se logró derrotar a la insurgencia por las fuerzas del Estado, como tampoco el grupo guerrillero pudo acceder al poder.

Por tal motivo y atendiendo el contenido del acuerdo, el castigo en sí mismo ni menos como venganza resulta suficiente en proceso de transición, al no encontrarse identificado con una concepción única de justicia retributiva como castigo. En su lugar, se plantea como una solución política con un grado importante de justicia penal y restaurativa, de allí que muchos de los que cuestionan la fórmula de transición, se centran en cuestiones accesorias pero no en las causas propias del origen del conflicto.

Por ende el modelo no contempla una sola fórmula de pena retributiva, por el contrario acepta alternativas no sólo en las penas, sino en la flexibilización de las mismas como es al conceder amnistías para combatientes de base, bajo condicionamientos como el sometimiento a la Jurisdicción de Paz, el aporte efectivo de verdad plena, dejación de armas, reparación de las víctimas, reconocimiento de responsabilidad, entre otros aplicables sobre delitos políticos y conexos y no todos los delitos.

De allí, que si bien la JEP puede a la Luz del Estatuto de Roma, suspender la

ejecución de penas ya que no las prohíbe y puede aplicar penas alternativas efectivas -con la posibilidad de valoración por parte de las salas de la jurisdicción-, no exonera ni otorga como tal amnistía a los responsables de crímenes atroces quienes deben responder por crímenes graves bajo criterios de selección y priorización lo cual cumple con estándares internacionales en especial con los Convenios de Ginebra, al permitir la amnistía “más amplia posible”, para determinados casos de delitos considerados políticos y conexos no admitiendo en el caso colombiano leyes de punto final o amnistía absoluta para delitos atroces.

De esta manera, ante las exigencias del castigo individual por parte de sectores en Colombia (de lo cual se afirma la existencia de impunidad), se desvirtúa aquella toda vez que a lo largo de todo el acuerdo se implementó un organismo precisamente para dar cumplimiento con las obligaciones internacionales, en especial la de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos y el DIH. En esencia, se retoma el sistema retributivo de la pena asumido en varias experiencias internacionales, contemplando sanciones diferenciales entre 5, 8 hasta 20 años, dependiendo de su aporte voluntario de verdad plena y reconocimiento de responsabilidad.

Con ello, se quiere significar que quien no asista a la JEP o no haga un aporte efectivo, se podrá ver enfrentado en una pena de hasta 20 años de prisión efectiva, lo cual supera el cuestionamiento sobre la exigencia sobre la pena, y se deja en claro que se aplicarán unos criterios de priorización y selección para llegar a niveles de justicia más efectivos en términos de resultados, que los obtenidos

por la justicia ordinaria, con el compromiso condicionante de la No repetición.

Es así, como encontramos que el gran componente de justicia adoptado por el Estado de Colombia, constituye sin lugar a dudas la acumulación de experiencias internacionales; de acuerdo con estudios de algunos autores se considera que en el mundo se han adelantado procesos de transición en alrededor de 161 países, donde se han identificado diversas tendencias en relación con estas formas de asumir estas soluciones. Una primera, la denominada retributiva como la de Núremberg, donde prima el uso de tribunales y sanciones penales; otra, que busca dar una salida realista a los conflictos y usar mecanismos políticos como la amnistía e indultos; una tercera, intermedia que busca establecer un balance entre la reconciliación y justicia a través de las comisiones de verdad y reconciliación; y finalmente una que busca aplicar diferentes mecanismos de manera complementaria e integral.

De allí, aplicando al objeto primario de la investigación encontramos que dadas las condiciones del conflicto armado donde no existió un vencedor no es exclusiva la aplicación de un Tribunal, por el contrario el precedente de la negociación política permite el uso de mecanismos políticos que es precisamente lo utilizado en Colombia. Por otra parte, se está garantizando el estándar internacional respecto de las amnistías, toda vez que al ser un mecanismo político -en Colombia constituido en Colombia con un mecanismo reglado concedido por un tribunal de Justicia-, está superando el estándar internacional, esto en razón a que si bien se ha utilizado la negociación política, su concesión está supeditado a jueces en el

cual las víctimas tendrán un papel preponderante y en esa medida queda desvirtuado el argumento que presentan los que cuestionan este proceso ya que no existe bajo ninguna órbita impunidad ni menos que no existe sanción.

En ese orden, la participación de una competencia internacional quedará sujeta como se dijo a la concurrencia de los requisitos para que una corte internacional como la CPI o la CIDH pueda intervenir, toda vez que internamente asume la competencia nacional a través de la JEP en clara convergencia con el principio de complementariedad y concurrencia con esos organismos.

Bibliografía

Amaya-Villarreal, Á.F. y Guzmán-Duarte, V. (2017) La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación, 30 International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, 41-600. Recuperado de <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-30.njia>

Ambos, K.; Cortés Rodas, F.; Zuluaga, J. (Coord.) (2018). Justicia transicional y Derecho Penal Internacional. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano - CEDPAL, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, Fundación Konrad Adenauer - Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Alexander von Humboldt-Stiftung/Foundation.

Ávila Jaimes, L.; Benavides Vanegas, F.S.; Bernal García, N.; Díaz Rodríguez, S.A.; Encinales Jaramillo, M.A.; Guerrero Torres, A. (2017). Manual de Derecho Penal Internacional. Farid Samir Benavides Vanegas (Ed. Académico). Primera edición. Bogotá: Legis.

Caso Almonacid Arellano, 2006, párr. 110.

Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 93. También, Caso Fairén Garbi y Solís Corrales. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, y Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95. 78 Revista IIDH, Vol. 46).

Chinchon Álvarez, J. (2012). El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: Una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional Humanitario. Revista Electrónica.

Comisión de Derecho Internacional (1950). Principio de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Núremberg. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II.

Convenio DCI-ALA/2008/019-588. Universidad Santo Tomás, Defensoría del Pueblo, Unidad Temática Sistema Internacional de Promoción y Protección de Derechos Humanos.

Corte Constitucional C-674 de 2017 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional. SC-080-2018 MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte ICC 01/04-101, Fiscal vs. Tomás Lubanga.

Corte IDH, caso masacres de el Mozote vs. Salvador. Sentencia 25 de octubre de 2012. Voto concurrente juez Diego García Sayán, párr. 22).

Corte IDH, Caso Velásquez vs. Honduras sentencias de 29 de julio de 1998.

Dueñas Ruiz, O.J. (2017). El Acuerdo del Teatro Colón y la Justicia Especial para la Paz. Bogotá: Ediciones Aurora.

Eser, A., Knust, N., Neumann, U. (2018). Yesid Reyes Alvarado (Ed.) ¿Es injusta la Justicia Transicional? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

Fajardo Arturo, L.A. (2013) Sistema Internacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Módulo 3. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ministerio de Justicia y del Derecho, Unión Europea, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Defensoría del Pueblo.

Fajardo Sánchez, L.A.; Castro Novoa, L.M. (2013). Fundamentos filosóficos políticos y jurídicos de los Derechos Humanos. Módulo 5. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ministerio de Justicia y del Derecho, Unión Europea, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Defensoría del Pueblo.

Geiss, R.; Bulinckx, N. (2006). Cuadro comparativo de tribunales penales

internacionales e internacionalizados. Review Internacional of the Red Cross, marzo (866), 1.

Huhle, R. (2005). De Núremberg a la Haya Análisis Político. Bogotá: septiembre-diciembre, 22-28. Centro de Derechos Humanos Núremberg.

Ledesma, H.F. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Ma. Dolores Bollo Arocena (2004). Derecho Internacional Penal, estudio de crímenes internacionales y las técnicas para su represión. Editorial de la Universidad del País Vasco.

Oficina del Alto Comisionado de la ONU (2011). Protección jurídica internacional de los DH. New York, Ginebra.

ONU, Asamblea General (2005). Principios internacionales sobre de la lucha contra la impunidad.

Ramelli Arteaga, M. (2013). Derecho Internacional Humanitario y Corte Penal Internacional. Módulo 1. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ministerio de Justicia y del Derecho, Unión Europea, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Defensoría del Pueblo.

Ramelli, A. (2002). La Constitución colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, Bogotá: Universidad Externado.

Reyes Alvarado, Y. (2018). Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Universidad Eafit (2016). Cuadernos de Trabajo en Gobierno y Ciencias Políticas. La justicia transicional en los acuerdos de La Habana. Medellín (4).

Universidad Santo Tomás, MIII, Sistema Internacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos – Convenio DCL-ALA/019-588 Defensoría del Pueblo, USAD.

Uprimny Yépez, R.; Sánchez Duque, L.M.; Sánchez León, N.C. (2014). Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y a la paz negociada. Bogotá: Reino de los Países Bajos, Colección Dejusticia.