



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE SANCIÓN PENAL FRENTE AL ACUERDO
DEL TEATRO COLÓN**

DELIA MAGALLY MORALES VALLECILLA

CELIMO ANTONIO PADILLA OSPINA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ

SANTIAGO DE CALI – 22 DE MARZO DE 2018

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE SANCIÓN PENAL FRENTE AL ACUERDO
DEL TEATRO COLÓN**

DELIA MAGALLY MORALES VALLECILLA
CELIMO ANTONIO PADILLA OSPINA

Director: Dr. Raúl Fernando Núñez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI – 22 DE MARZO DE 2018

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

Nota de Aceptación



RAÚL FERNANDO NÚÑEZ

Director Trabajo de Grado



EDGAR HERNÁN FUENTES CONTRERAS
Evaluador



KEWY SARSOSA PROWESK
Evaluadora

Santiago de Cali, jueves 22 de marzo de 2018

AGRADECIMIENTOS

Sea lo primero agradecer a Dios por darnos la posibilidad de estudiar esta maestría y las capacidades para concluir la.

También queremos hacer un reconocimiento a nuestras familias que nos han acompañado durante todo este proceso educativo.

Finalmente, elevamos un sincero agradecimiento a nuestro director de tesis, cuya colaboración oportuna permitió concluir esta investigación.

A todos ustedes, gracias.

Contenido

Resumen	11
Introducción	12
1. Los estándares de derecho penal internacional aplicables al caso colombiano	20
1.1. Introducción	20
1.2. Construcción de estándar internacional	22
1.3. Precisiones conceptuales	23
1.3.1. Crímenes de lesa humanidad.	23
1.3.2. Crímenes de guerra o graves violaciones al derecho internacional humanitario..	27
1.4. El deber de los Estados	30
1.4.1. Instrumentos internacionales ratificados por Colombia	32
1.5. Penas adecuadas	34
1.5.1. Principio de proporcionalidad de la pena.....	35
1.5.2. Fines de la pena.....	38
1.5.2.1. La retribución.	39
1.5.2.2. La prevención general.....	39
1.5.2.3. La prevención especial o específica.	40
1.5.2.4. La rehabilitación.	41
1.5.2.5. La comunicación.....	41
1.5.2.6. Críticas a los Fines tradicionales de la pena	42
1.6. Pronunciamiento de Organismos internacionales sobre amnistías y penas adecuadas	45
1.7. Pronunciamientos de Tribunales Penales Internacionales	46
1.7.1. Pronunciamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).	48
1.7.2. Pronunciamientos de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL).	50
1.7.3. Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya (CECC).	52
1.8. Postura de la C.P.I.	53
2. Jurisdicción especial para la paz	59
2.1. Introducción	59
2.2. Construcción de Paz	60

2.3. Justicia restaurativa	63
2.4. Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP)	66
2.4.1. Amnistías e Indultos	68
2.4.1.1. Conexidad.	71
2.4.1.2. Amnistía de iure.....	73
2.4.1.3. Sala de Amnistía e Indulto.....	75
2.4.1.4. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	79
2.4.1.5. Régimen de Libertades.	81
2.4.1.6. Tratamiento Penal Especial, Simétrico, Simultáneo, Equilibrado y Equitativo para Agentes del Estado.....	84
2.4.1.6.1. <i>Renuncia a la Persecución Penal</i>	84
2.4.1.6.2. <i>Libertad transitoria, condicionada y anticipada</i>	87
2.4.1.6.3. <i>Privación de la Libertad en Unidad Militar o Policial</i>	90
2.4.1.7. Críticas a la ley de Amnistías.....	91
2.4.2. Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017	93
2.4.3. Unidad de Investigación y Acusación.....	98
2.4.4. Tribunal para la Paz	99
2.5. Sanción Penal Incorporada en el Acuerdo	100
2.5.1. Sanciones propias.....	101
2.5.2. Sanciones alternativas.....	104
2.5.3. Sanciones ordinarias	105
2.5.4. Monitoreo y Cumplimiento de la Sanción	107
3. Estándares Internacionales en sanción Penal frente a la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia	108
3.1. Introducción	108
3.2. El debido proceso y el Acuerdo del Teatro Colón	110
3.2.1. Legalidad del juez.....	112
3.2.2. Legalidad de la audiencia.....	114
3.2.3. Legalidad de la sanción penal.....	115
3.3. Amnistías e Indultos frente al Acuerdo del Teatro Colón	118
3.4. Libertad condicionada, transitoria y anticipada	123
3.5. La Sanción Penal en el Acuerdo del Teatro Colón	123

3.5.1. Finalidad de la pena en el proceso de paz colombiano	124
3.5.2. Justicia retributiva complementaria de justicia restaurativa	127
3.6. La C.P.I. y el Acuerdo del Teatro Colón	131
4. Conclusiones	135
Trabajos citados	139

Listado de Tablas

Tabla 1. Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia	32
Tabla 2. Pronunciamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).	48
Tabla 3. Pronunciamientos de la Corte Especial para Sierra Leona	50
Tabla 4. Pronunciamiento de las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya (CECC) .	52
Tabla 5. Delitos conexos.....	72
Tabla 6. Implementación de amnistías de iure (art. 19 Ley 1820 de 2016).....	74
Tabla 7. Ámbito de Aplicación Personal de Amnistías	76
Tabla 8. Funciones de Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	80
Tabla 9. Competencia del Tribunal para la Paz	99

Listado de Ilustraciones

Ilustración 1. Construcción de Paz.....	61
Ilustración 2. Procedimiento ante la Sala de Amnistías o/e Indultos. Art. 25 Ley de Amnistía...	78
Ilustración 3. Procedimiento ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas	82
Ilustración 4. Procedimiento de libertad condicional	83
Ilustración 5. Procedimiento de Extinción de Acción Penal como Tratamiento Diferenciado	86
Ilustración 6. Procedimiento de libertad transitoria como Tratamiento Diferenciado.....	89
Ilustración 7. Procedimiento Privación de la Libertad en Unidad Militar o Policial.....	91
Ilustración 8. Actividades, obras y trabajos conforme art. 133 del Proyecto de Ley Estatutaria	103
Ilustración 9. Procedimiento en caso de Sanciones Alternativas.....	106

Resumen

Esta investigación confronta el estándar internacional en sanción penal con las sanciones contempladas en el Acuerdo del Teatro Colón. Para ello, primero se realiza una conceptualización de lo que se entiende por estándar en el ámbito internacional, a través del análisis de Instrumentos Internacionales y sentencias de Tribunales Internacionales sobre el tema. Seguidamente se estudia la sanción penal contenida en el Acuerdo del Teatro Colón y las normas que hasta la fecha desarrollan la materia, analizando figuras jurídicas relacionadas con el castigo. Finalmente, se confrontan las sanciones contenidas en el Acuerdo del Teatro Colón con los pronunciamientos de la comunidad internacional sobre el tema.

Palabras clave: Acuerdo del Teatro Colón, sanción penal, amnistías, indultos, derechos humanos, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, Corte Penal Internacional, fines de la pena, justicia restaurativa, justicia retributiva.

Abstract

This investigation confronts the international standard in criminal sanctions with the sanctions contained in the Colon Theater Agreement. First of all, it makes a conceptualization of what is understood as a standard in the international sphere, this is made through the analysis of International Instruments and International Court judgments on the subject. Next, the sanction contained in the Colon Theater Agreement and the laws that had been developed on the subject are studied, analyzing legal figures related to the punishment. Finally, the sanctions contained in the Colon Theater Agreement are confronted with the pronouncements of the international community on the subject.

Key words: Colon Theater Agreement, criminal sanctions, amnesties, pardons, human rights, war crimes, crimes against humanity, International Criminal Court, punishment's purpose, restorative justice, retributive justice.

Introducción

La sanción penal para el tratamiento de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra contenida en el Acuerdo del Teatro Colón, ha generado polémica tanto en Colombia como en la comunidad internacional. En efecto, para algunos juristas el castigo impuesto abre la puerta a la impunidad, mientras que otros sostienen que las sanciones respetan las garantías exigidas por el derecho penal internacional. Pero ninguna de las dos partes ha podido precisar cuál es el estándar internacional existente sobre sanción penal, lo que hace pertinente definir y analizar los alcances de este estándar internacional y cómo puede afectar el proceso de justicia transicional colombiano.

Debido a ello, este trabajo se presenta relevante pues estos hallazgos, previenen futuras incongruencia entre lo esperado, en materia de sanción penal, por el derecho penal internacional y lo efectivamente aplicado al interior de la jurisdicción de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP). Es decir, las expectativas de la comunidad internacional, defensores de víctimas y de derechos humanos, así como la Corte Penal Internacional (en adelante C.P.I.), no necesariamente están alineados con los puntos de vista populares y/o político, sino que existen instrumentos internacionales y doctrina internacional seria sobre la materia que da un norte sobre la dirección a seguir.

Esta investigación responde a la pregunta ¿cuáles son los estándares mínimos que, en materia de sanción penal, debe cumplir el proceso de justicia transicional colombiano, en relación al contenido del punto cinco del Acuerdo del Teatro Colón?

En este orden de ideas, el objetivo principal de esta investigación es identificar los estándares internacionales que debe cumplir, en materia de sanción penal, el proceso de justicia transicional colombiano, en relación al contenido del punto cinco del Acuerdo del Teatro Colón.

Para dar respuesta a la pregunta planteada y en concordancia con el objetivo general, esta investigación se desarrolló a través de tres objetivos específicos. El primero, determinar los estándares de derecho penal internacional, en materia de sanción penal, aplicables al caso colombiano. El segundo objetivo o tema de investigación, fue estudiar la jurisdicción especial para la paz contenida en el punto cinco del Acuerdo del Teatro Colón, en lo referente a la sanción penal. Finalmente, esta investigación comparó la sanción penal estipulada en la Jurisdicción Especial Para la Paz contenida en el punto cinco del Acuerdo del Teatro Colón, con los estándares mínimos que se deben cumplir en materia de sanción penal en procesos de justicia transicional y propuso conclusiones.

Atendiendo al tema de investigación planteado, el trabajo propuesto hizo un estudio exploratorio de sentencias proferidas por Tribunales de Derecho Penal Internacional, que tienen arraigo jurídico en Colombia, además de los fallos provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y de la C.P.I. Sobre el estudio exploratorio, se puede afirmar que

(...) se efectúan, normalmente, cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que únicamente hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio. (Hernández, Fernández, & Baptista, 2006, págs. 100-101)

Una vez realizada la exploración documental inicial, se realizó un estudio descriptivo sobre la temática escogida y se identificaron y describieron los componentes esenciales, pertinentes y trascendentes que conforman el problema de investigación planteado, especialmente al abordar el estudio de la JEP, contenida en el punto cinco del Acuerdo del Teatro Colón. Este tipo de estudio fue pertinente, en atención a que el mismo consiste en recolectar la información sin transformar el entorno, es decir, un estudio no experimental (Manterola & Otzen, 2014), puesto que al tratarse de una investigación documental no hubo interacción con ningún funcionario de organismos nacionales o internacionales, sino que solo se revisaron las decisiones proferidas y el acuerdo alcanzado, de manera que se aplica de manera precisa al estudio seleccionado.

Habiendo efectuado la exploración inicial y la descripción establecida, se hizo un estudio explicativo, esto es, se valoraron las realidades y contextos de fallos de los Tribunales e instrumentos internacionales pertinentes en el caso colombiano, para de esta manera y como colofón de la investigación, explicar, previo un juicioso análisis e interpretación de las diversas variables encontradas, el cumplimiento de los estándares internacionales en el puntual caso colombiano, de modo que se efectuó un estudio correlacional o explicativo, el cual “tiene como propósito conocer la relación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en un contexto en particular” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2006, pág. 105).

Así las cosas, este tipo de estudio permitió contrastar las sanciones penales presentes en el Acuerdo del Teatro Colón, con los estándares internacionales en materia de sanción penal, analizando los acuerdos de manera sistemática.

De esta manera, la investigación realizada no se limitó a un solo tipo de investigación, sino que se utilizaron diversos tipos o herramientas de estudio conforme fue requerido por el tema preciso a abordar.

En la investigación efectuada se acudió al método deductivo, de enfoque sistémico y de síntesis, en atención al cumplimiento de los objetivos formulados. Es deductivo, porque se analizaron sentencias e instrumentos internacionales, que son de carácter general, para inferir su aplicabilidad al tema particular y específico como lo es el caso colombiano, es decir, se parte de lo general para encontrar lo particular (Fernández, 1982).

Se hizo a través de un enfoque sistémico, pues el Acuerdo del Teatro Colón no se puede estudiar de manera aislada, sino como un sistema que se interrelaciona y complementa (Jiménez, 1978). Para finalizar, se presentaron los resultados mediante un enfoque sintético, que permitió reunir en un todo, las conclusiones extraídas de lo investigado (Fernández, 1982).

Con respecto a la recopilación de la información, se acudió a las fuentes y técnicas secundarias de información, esto es, la que se encuentra en bibliotecas y se contiene en libros, periódicos, revistas, diccionarios, etc., así como la que se puede recaudar acudiendo a la web y que se halla en revistas electrónicas y toda la gama de información a la que podemos acceder vía internet (Guzmán, 2009).

En este orden, los insumos se extrajeron de convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Crímenes de Lesa Humanidad, también se recurrió a la revisión de providencias emanadas de Tribunales internacionales y de la Corte Penal Internacional o al juzgar estos tipos de crímenes, asimismo se acudió a lo escrito por prestigiosos académicos sobre la materia y a los relatores especiales de la Organización de las

Naciones Unidas, con el fin de establecer los lineamientos generales aceptados por los países parte de esta organización mundial.

Entonces, mediante el método deductivo y recurriendo al enfoque sistémico y de síntesis, esta investigación exploró cuál es la pauta a seguir para sancionar penalmente a aquellas personas que con ocasión del conflicto armado colombiano cometieron graves violaciones de derechos humanos. La relevancia de la misma radica en el hecho de que la tranquilidad de los beneficiados del sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición descansa, entre otros pilares, sobre el hecho de que la sanción purgada al interior de la JEP será suficiente para nivelar sus cuentas con la justicia penal, tanto doméstica como internacional. Además, sanciones inadecuadas conllevaría a la inestabilidad del sistema de justicia transicional colombiano, pues si los procesos al interior de la nación se muestran ineficaces o ilusorios, se activaría la jurisdicción penal internacional con el fin de evitar la impunidad.

Aunque, tanto el método de investigación escogido como el mecanismo de recolección de la información planteado son adecuados para el desarrollo de los objetivos propuestos, lo cierto es que presentaron dificultades en el transcurso del trabajo. El primero de ellos, la extensión de la información a recopilar y sistematizar de manera eficiente, toda vez que la cantidad de tratados internacionales sobre violaciones graves de derechos humanos implicó hacer un estudio más largo del inicialmente presupuestado.

Otro impedimento, es el hecho de que al tratarse de un proceso actualmente en marcha no fue posible acceder a la totalidad de documentos ni estudiar las leyes definitivas, como ocurrió con el proyecto de ley de estatutaria de la JEP, que al momento de terminar este trabajo aún no se conocía el texto definitivo de la ley.

Además, el conflicto colombiano, y por ende su proceso de justicia transicional, no puede ser equiparado a ningún otro conflicto a nivel mundial, por cuanto no se trató de un solo actor ejerciendo violencia sino que confluyen diversos factores. Este hecho significa entonces, que a la hora de encontrar comparaciones que proporcionen insumos al estándar internacional aplicable en Colombia, fue necesario ampliar los criterios de inclusión para enmarcar las necesidades colombianas con lo dicho por Tribunales Internacionales que juzgaron el tipo de crímenes competencia de la JEP.

Sobre este punto, entre los criterios de inclusión y exclusión de la información, se tuvieron en cuenta dos clases de documentos. Los primeros, Instrumentos de Derecho Internacional sobre Derecho Penal Internacional, siendo seleccionados para el estudio solo aquellos ratificados por Colombia, pues de lo contrario no existiría obligatoriedad para el Estado colombiano regirse mediante dicho ordenamiento, ya que no cobra vida dentro de la legislación interna.

La segunda clase de documentos seleccionados, fueron aquellos pronunciamientos de Tribunales Internacionales sobre la sanción penal, donde el criterio de inclusión estuvo referido a aquellos Tribunales cuyo estatuto de creación está diseñado para el juzgamiento de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad producto de un conflicto armado, es decir, aquellos Tribunales internacionales creados para facilitar la transición de guerra a paz.

Otra de las fuentes de la presente investigación fueron los foros que se han realizado sobre el Acuerdo del Teatro Colón, toda vez que al tratarse de un tema reciente y con alta incidencia nacional, tanto sus defensores como detractores se han reunido en espacios académicos para explicar sus posturas sobre el tema, presentando los argumentos jurídicos que

respalden sus alegatos. Debido a ello, se revisó la web con el fin de extraer los argumentos presentados sobre las penas contenidas en los acuerdos, estudiarlos y observar si se adecúan o no a la realidad jurídica internacional.

En suma, la planteada es la metodología usada en la presente investigación documental, que estudió los estándares internacionales de derecho penal, en materia de sanción penal, y su adecuación al proceso de justicia transicional contenido en el Acuerdo del Teatro Colón.

Ahora bien, esta investigación indagó entre los tratados internacionales suscritos por Colombia donde se consagra de manera expresa el deber del Estado en investigar, juzgar y sancionar este tipo de crímenes, encontrando que no hay un monto mínimo de pena que se haya acordado como estándar internacional de sanción penal.

En consecuencia, el estudio se extendió a las decisiones proferidas por Cortes y Tribunales Penales Internacionales sobre la dosificación de pena y el punto de partida para imposición de sentencia (litmus tests), encontrando disparidad en todas las sentencias impuestas. Las penas varían desde algunos años de restricción de la libertad hasta prisión perpetua, algunos Tribunales aplican la teoría de acumulación aritmética, otras de acumulación jurídica, y unas más la de absorción de la pena, haciendo imposible unificar criterios sobre las decisiones proferidas.

No obstante lo anterior, esta investigación encontró que el estándar internacional sobre sanción penal está referido a la obligatoriedad del Estado de investigar, juzgar y sancionar a través de juicios justos, que respeten el debido proceso y hagan efectivos los derechos de las víctimas; el estándar también contiene la prohibición de concesión de amnistías por crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos, y, finalmente, la comunidad internacional requiere que la sanción esté adecuada a los fines del derecho penal

internacional, es decir, evitar la impunidad, a la par que se adecúa a las necesidades puntuales de las regiones que pretendan iniciar un proceso de justicia transicional.

Acto seguido, este trabajo analizó el contenido del Acuerdo del Teatro Colón respecto de las amnistías e indultos, las sanciones imponibles dentro del sistema de la JEP y las Corporaciones encargadas de administrar justicia.

En lo referente a la sanción, el Acuerdo del Teatro Colón contempla sanciones de tres tipos, sanciones propias, imponibles a quienes desde el inicio del proceso reconozcan verdad plena y responsabilidad y que se comprometan a realizar actividades de reparación; sanciones alternativas, que operan sobre quienes realicen el anterior compromiso a lo largo del proceso de primera instancia; y sanciones ordinarias, que se imponen a quienes no reconozcan verdad ni responsabilidad y sean hallados culpables de estas conductas por el Tribunal para la Paz.

Habiendo realizado el análisis de los tratados internacionales y las sentencias proferidas por los Tribunales Internacionales, se encontró que las penas contempladas en el Acuerdo del Teatro Colón, en principio no contravienen ninguna norma o costumbre internacional, toda vez que están acompañadas de medidas de justicia restaurativa y de acciones reparadoras del daño causado, que pretenden garantizar una paz estable y duradera.

Sin embargo, se advierte sobre algunos vacíos normativos que existen al interior del Acuerdo del Teatro Colón y de las normas que lo desarrollan, que deben ser aclarados con el fin de garantizar los derechos de las víctimas y de la seguridad jurídica dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

1. Los estándares de derecho penal internacional aplicables al caso colombiano

1.1. Introducción

Los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado colombiano, le exigen el cumplimiento de requisitos mínimos dentro del proceso de justicia transicional que actualmente adelanta. El castigo efectivo a los perpetradores de graves violaciones a derechos humanos y crímenes de guerra no puede quedar impune, sino que requiere investigación, juzgamiento y castigo de los responsables.

Diversos instrumentos internacionales señalan que es obligación del Estado colombiano, aún en época de transición hacia la paz, hacer efectivos tanto la investigación como el castigo penal de quienes incurran en una falta al derecho internacional, dejando a merced de la justicia penal internacional a los presuntos violadores de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad y de guerra, cuando el Estado omita tal actuación.

Particularmente desde 2009 con la entrada en vigencia en Colombia del Estatuto de Roma, norma que acepta la jurisdicción de la C.P.I. dejó de ser una posibilidad la concesión de amnistías o indultos a perpetradores de crímenes internacionales juzgados por esa Corporación, pues la inoperancia de la justicia penal colombiana permite la activación de la jurisdicción complementaria de la C.P.I.¹

¹ El art. 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional consagra: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. (...). Teniendo en cuenta que Colombia se adhirió a lo establecido en

Sin embargo, la aplicación efectiva del proceso penal es más compleja de lo que parece, pues aquellos requisitos mínimos en cuanto a castigo penal – también llamados ‘estándares internacionales’ - no se encuentran definidos, toda vez que a pesar de los diversos tratados internacionales y los pronunciamientos de Naciones Unidas sobre la lucha contra la impunidad, no existe ningún instrumento de derecho internacional que establezca de manera expresa qué sanción o pena se debe imponer, sobre qué delitos o en qué circunstancias (Uprimny, Sánchez, & Sánchez, 2014).

Este acápite hace algunas precisiones conceptuales sobre qué se entiende por crimen internacional, crímenes de lesa humanidad, graves violaciones de derechos humanos o graves violaciones al derecho internacional. Una vez se realicen tales precisiones, se procederá a exponer los lineamientos proporcionados por los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre la materia, así como los pronunciamientos de Cortes internacionales que permita una aproximación a unificar criterios en cuanto al estándar internacional. Asimismo se reseñarán las principales decisiones tomadas en los tribunales penales internacionales sobre la materia, aplicables al caso colombiano, y se expondrá el punto de vista de la C.P.I al estudiar el primer fallo proferido por esa corporación.

el art. 124 de la norma en cita, respecto de la Disposición de transición que dispone: No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. (...).” Al respecto cabe señalar que el Estatuto de Roma entró en vigor en Colombia el 01 de noviembre de 2002. Ahora bien, el art. 8 del Estatuto de Roma se refiere a Crímenes de Guerra sobre los cuales la competencia de la C.P.I. inicia el 01 de noviembre de 2009 fecha en la que se cumple el término señalado en la norma en comentario, sin embargo sobre crímenes de lesa humanidad la Corte Penal Internacional observa competencia a partir desde la entrada en vigor del Estatuto, esto es el 01 de noviembre de 2002.

1.2. Construcción de estándar internacional

Una primera aproximación al concepto de estándar permite hacer referencia a su contenido gramatical, por lo que es procedente rescatar la definición que establece la Real Academia de la Lengua Española como aquello “que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia”.

No obstante, esta precisión conceptual se queda corta frente al derecho. Así, al revisar la literatura jurídica sobre estándares internacionales, estos generalmente son concebidos como “balance del marco normativo” (Becerra, 2010), o “normatividad en diferentes ámbitos (regional y global) que constituye mecanismos de veeduría, protección y sanción a las violaciones de estos derechos” (Valdivieso, 2012, pág. 624).

El estándar internacional está dado por los lineamientos impuestos a los Estados provenientes del deber de investigar, juzgar y sancionar las infracciones al derecho penal internacional cometidas dentro de su territorio, como quiera que estas acciones no solo lesionan las normas internas, sino que su antijuridicidad trasciende al ámbito de la humanidad.

Ahora bien, en el caso colombiano estos mecanismos de veeduría, protección y sanción deben estudiarse desde el contexto de justicia transicional, específicamente una transición hacia la paz proveniente de una negociación entre las partes combatientes.

En este orden de ideas, el estándar se construye a partir del análisis de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que contengan tal disposición, asimismo, está integrado por la doctrina de las Cortes y Tribunales penales internacionales, cuyos pronunciamientos sobre la

imposición de castigos, permiten realizar una inferencia del término adecuado de la pena a imponer según el concepto de estas corporaciones.

1.3. Precisiones conceptuales

Jan Wouters, referenciando a Cassese, explica que para definir en qué consiste un crimen internacional se debe pensar en los valores que se pretende proteger, esto es, la comunidad internacional (Wouters, 2008). El mentado autor, también cita a M.C. Bassiouni, quien considera que los crímenes internacionales son aquellos que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad, o que contravienen “los valores humanitarios fundamentales o que son el producto de una acción estatal o de una política para favorecer a un Estado” (Wouters, 2008, pág. 82).

1.3.1. Crímenes de lesa humanidad. La comisión de este tipo de crímenes implica un ataque a la población civil de manera focalizada, pero sin el plan o la intención de exterminar a dicha población (Meernik, 2003), sin limitantes de circunstancia de tiempo o lugar para su configuración, lo que significa que pueden darse en tiempos de paz, de excepción o de guerra, y el sujeto pasivo de la conducta puede ser la población civil y miembros combatientes y no combatientes de los ejércitos en disputa (Andreu-Guzmán, 2008).

La tipificación del crimen contra la humanidad pretende garantizar un núcleo de derechos fundamentales inderogables y su defensa es un imperativo en el sistema penal internacional, ya sea en tiempo de guerra o de paz (Andreu-Guzmán, 2008). En este sentido, la judicialización de estos crímenes es de carácter universal, es decir que cualquier Estado tiene la potestad para juzgarlos, pues debido a la modalidad y gravedad de la conducta se presupone que la trasgresión no solo afecta a la comunidad donde se ejecutó el delito, sino que afecta a toda la humanidad (Dir. Belhassen, 2007). Precisamente así lo señala el pronunciamiento del Tribunal Penal

Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY) que ha caracterizado los crímenes de lesa humanidad como actos de violencia que dañan lo más esencial de los seres humanos y trascienden al individuo, dañando la comunidad internacional en general, por lo tanto exigen castigo².

La configuración de estos crímenes requiere que sea de carácter generalizado, cuando recaee sobre una pluralidad de víctimas, o sistemático, cuando se desarrolla bajo el cumplimiento de una política o un plan preconcebido (Ambos, 2006). Esto significa que, dadas ciertas circunstancias, un solo acto puede constituir un crimen de lesa humanidad, al igual que un accionar criminal que, aunque ejecutado en el marco de una planificación previa y con la utilización de medios idóneos para producir daño, no haya causado gran número de víctimas, también configura un crimen de lesa humanidad (Blanc Altemir, 2011).

Las conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad se encuentran descritas en el art. 7 del Estatuto de Roma, su investigación y juzgamiento está a cargo de la jurisdicción complementaria de la C.P.I.³, siempre supeditada a que el país donde se cometieron tales conductas no quiera o no pueda sancionar, o cuando la pena impuesta y el proceso llevado a cabo haya sido ilusorio.

² Específicamente el TPIY los definió como (...) actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso, lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima (Edit. Comisión Colombiana de Juristas, Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", 2011, pág. 17).

³ En el caso Colombiano, la jurisdicción complementaria de la C. P.I para investigar y juzgar estos crímenes empezó el 01 de noviembre de 2002.

Tanto para la C.P.I como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), estos crímenes no pueden ser objeto de concesión de amnistías o indultos. El primero lo preceptúa en el art. 17 del Estatuto de Roma y la Corte IDH se pronunció al respecto en la sentencia de 14 de marzo de 2001, en el caso Barrios Altos vs. Perú, señalando que las disposiciones de amnistías, prescripción o cualquier excluyente que pretenda impedir la investigación y sanción de responsables de las violaciones graves de los derechos humano están prohibidas (Caso Barrio Altos vs. Perú, 2001).

Otra característica de los crímenes de lesa humanidad es que son imprescriptibles, como lo señala la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1968 y reconocido por Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Papon v France⁴. Esta determinación pretende conservar la facultad de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de estas infracciones, de suerte que el paso del tiempo no extinga la acción penal y se pueda hacer justicia de manera efectiva.

Al mismo tiempo, estos crímenes admiten el juzgamiento de manera retroactiva, es decir, que no es necesario que se encuentren consagrados en el ordenamiento interno de los países al momento de la comisión del hecho, pues su lesividad es de tan alta magnitud que se debe aplicar la costumbre internacional sobre la materia, la cual así lo establece⁵.

⁴ En el caso Papon v France, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció que el instituto de la prescripción está prohibido para los crímenes contra la humanidad, sosteniendo que el derecho internacional "reconocido por las naciones civilizadas" disponía que "el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad no puede ser sometido a limitaciones de tiempo". (Dir. Belhassen, 2007, pág. 15)

⁵ (...) en relación con los crímenes de lesa humanidad, aún en ausencia de normas internas que los consagren como delito, es procedente el juzgamiento en aplicación del derecho de gentes (*ius cogens*) y

Finalmente, en cuanto al sujeto activo de la conducta, los crímenes de lesa humanidad pueden ser perpetrados por agentes del Estado, así como otros grupos u organizaciones. En este sentido se pronunció el TPIY, que acogió el sentido amplio del sujeto activo, especificando que si las organizaciones criminales tienen control y libertad de acción sobre determinado territorio, entonces sus integrantes deben responder penalmente por las infracciones cometidas (Dir. Belhassen, 2007).

De otro lado, es importante aclarar la diferencia entre crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones de derechos humanos, pues aunque la línea entre ambos es muy fina y a veces se desdibuja, la principal diferencia entre ambos radica en que los delitos de lesa humanidad son graves violaciones a derechos humanos que se cometen en un marco específico de sistematicidad o de manera generalizada, mientras que las graves violaciones de derechos humanos no requieren la configuración de dichos marcos de sistematicidad o generalidad para su configuración (Alan, 2012). Sobre ambas conductas recae la investigación, judicialización y sanción de sus perpetradores conforme el principio 27 de las directrices de Joinet en la lucha contra la impunidad (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

del derecho internacional convencional sobre la materia. De tal forma, que las normas de derecho internacional, están llamadas a llenar los vacíos de la normatividad interna, tratándose de este tipo de crímenes que involucran una afectación a toda la humanidad. (Dir. Belhassen, 2007, pág. 15)

1.3.2. Crímenes de guerra o graves violaciones al derecho internacional

humanitario. De conformidad con el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra la ejecución de este tipo de crímenes se circunscribe a la existencia de un conflicto armado, ya sea internacional o interno. En el caso colombiano, se configura un conflicto armado no internacional y la norma aplicable por la C.P.I es el art. 8 del Estatuto de Roma, específicamente en los literales C y E del numeral 2 del mismo.

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

1. Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
2. Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
3. La toma de rehenes;
4. Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. (...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

1. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
2. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
3. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
4. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
5. Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
6. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
7. Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

8. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
9. Matar o herir a traición a un combatiente adversario;
10. Declarar que no se dará cuartel;
11. Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
12. Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; (...)

Para que esta conducta se tipifique es necesaria la existencia de un conflicto armado, por cuanto la normatividad penal internacional no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos (Ambos, 2006).

Es necesario, entonces, recurrir a lo regulado por el art. 3 común a los convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II que reglamenta la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, el cual requiere que las acciones bélicas se desarrollen dentro del territorio de una Alta Parte contratante – de un mismo Estado – entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas” (art. 1 del Protocolo adicional II).

Para el caso, fuerzas armadas abarca “todas las fuerzas armadas, tal como se describen en las legislaciones nacionales” (Ambos, 2006, pág. 327), en las cuales exista un orden militar, no necesariamente jerárquico, pero con capacidad de llevar a cabo operaciones militares de forma concertada y planeada, y que tengan la autoridad de imponer disciplina a sus tropas (Ambos, 2006).

1.4. El deber de los Estados

El párrafo 18 de la Observación General No. 31, sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia, pues de no hacerlo así se vulnera el Pacto.

Al respecto, la Corte IDH ha reiterado la obligación de los Estados de “investigar y sancionar de manera seria las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad” (Dir. Belhassen, 2007, pág. 10). Ello, en armonía con el principio 27 de la lucha contra la impunidad que prevé que “el derecho a la justicia impone obligaciones al Estado: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se establece su culpabilidad, hacer que sean sancionados” (Comisión Colombiana de Juristas, 2007, pág. 77). Incluso, esta disposición faculta a la víctima con la posibilidad de llevar a cabo acciones judiciales por su propia cuenta cuando las autoridades no cumplan con su deber (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

Especialmente en la Sentencia del caso Velásquez Rodríguez la Corte IDH determinó que la obligación de los Estados no se incumple por el hecho de que la investigación no produzca efectos satisfactorios, pues se trata de una obligación de medios y no de resultado. No obstante, esta investigación ha de llevarse a cabo con seriedad y ser asumida como un deber jurídico

propio, donde el Estado es el principal actor de la investigación de la verdad. De hacer lo contrario, se tendría, que el poder público auxilia la conducta criminal y legitima la impunidad (Dir. Belhassen, 2007)⁶.

En suma, el deber de los Estados es investigar y juzgar las graves violaciones de derechos humanos que se cometan dentro de su territorio e imponer penas adecuadas a los responsables aún en tiempo de transición política (Dir. Belhassen, 2007). En otras palabras, se trata de garantizar la investigación oportuna al interior del Estado, pues en caso de omisión sobre este precepto estaría constituyéndose en ofensor de los derechos humanos, al re-victimizar a las personas en situación vulnerable en su negativa de materializar la justicia.

Así las cosas, surge la pregunta sobre qué conductas se deben investigar y que penas se han de imponer. Para esclarecer estos interrogantes se debe realizar una lectura de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que de manera expresa contemplan esta obligación y los pronunciamientos de corporaciones internacionales sobre el tema.

⁶ Si bien el citado fue el primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre el tema, la postura de esta Corporación no ha cambiado. Así se nota en su decisión de 2006 en el caso *Almonacid vs. Chile*, el cual se trataba sobre la autoamnistía decretada por el régimen de Pinochet en 1978. En esta decisión, la Corte IDH reiteró lo establecido en la decisión de *Barrios Altos* y además dictaminó que la sola "existencia de la ley era una violación a la CADH y que por lo tanto, la ley debía ser derogada. Hizo referencia a las violaciones alegadas como parte de un ataque sistemático y generalizado, es decir, como crímenes de lesa humanidad" (Sersale di Cerisano, 2013, pág. 128). Más tarde, en el 2011 se presentó nuevamente el debate sobre las amnistías en el caso *Gelman vs Uruguay*, donde las amnistías contaban con el apoyo popular del pueblo Uruguayo, pero la Corte IDH mantuvo el estándar impuesto en *Barrios Altos* y consideró las amnistías incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (Sersale di Cerisano, 2013).

1.4.1. Instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Colombia ha ratificado dentro de su normatividad diversos tratados y convenios internacionales que de manera expresa le obliga a investigar, perseguir, juzgar y sancionar diversos delitos de carácter internacional. Estas normas de carácter internacional están revestidas por el principio *pacta sunt servanda*⁷ que significa que los tratados internacionales se suscriben para ser cumplidos. Los convenios suscritos por Colombia relevantes para el tema se presentan a continuación en la Tabla No. 1

Tabla 1. Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia

Ítem	Instrumento Internacional	Contenido relevante
1	Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña de 1949	Constituye el compromiso de los Estados a “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio” (art. 49)
2	Convenio de Ginebra para aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar de 1949	Constituye el compromiso de los Estados a “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio” (art. 50).
3	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948	Los Estado contratantes se comprometen a prevenir y a sancionar este delito independientemente de quien despliegue la conducta, para lo que obligan a “establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio” (art. v)

⁷ Principio *pacta sunt servanda*. El art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 estipula que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, esto significa que una vez los Estados ratifiquen un tratado este debe ser cumplido por la parte contratante. Así los ha recordado en diversas ocasiones la Corte IDH (ver Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, entre otros). La Corte IDH ha señalado que razones de orden interno no constituyen justa causal para dejar de atender la responsabilidad internacional ya adquirida, como tampoco justifica la sustracción del cumplimiento de las reparaciones ordenadas por esta Corporación o su modificación (Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá). Este principio fue estudiado a fondo por la Corte Constitucional en la sentencia C-269 de 2014 en la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 37 de 1961, mediante la cual se aprueba el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)

4	Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973	Los Estados firmantes determinaron “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos” (art. iv) constitutivos de este crimen.
5	Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984	Consagra la exigencia a los Estados de castigar penalmente a aquellos que infrinjan lo regulado por la Convención (art. 4).
6	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Estipula que “los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción” elevando tales conductas a la categoría de delitos dentro de su derecho penal (art. 6).
7	Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de 2006	“Los Estados velarán por que se prohíban las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas” (art 6.2). De su lado, la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas estipula que los “hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte” (art. iv).
8	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer	Exige a los Estados a “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Los instrumentos internacionales antes señalados son los únicos que consagran de manera específica la obligación de investigar y sancionar los crímenes de los que trata. Otros tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque admiten la importancia de la protección de estos derechos, no se pronuncian de manera expresa sobre la obligación de los Estados de establecer mecanismos jurídico-penales que garanticen la investigación y juzgamiento de tales conductas⁸.

⁸ Ejemplo de ello son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos no establecen una obligación explícita de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de Derechos Humanos. Incluso el Estatuto de Roma no estipula la esta obligación de manera expresa dentro de su texto.

Habida cuenta de lo anterior, es menester señalar que la interpretación de la aplicación de las obligaciones de investigar y sancionar existen tres corrientes. Una primera postura, defiende que la obligación de juzgar y sancionar debe encontrarse de manera expresa en el articulado del tratado, por lo que la obligación solo recae sobre los crímenes internacionales señalados en los tratados antes mencionados. La segunda posición sostiene que la obligación recae sobre todos los crímenes internacionales, o sea, crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de los ya mencionados. Finalmente, una tercera interpretación del deber de los Estados, sugiere que el deber de los Estados está referido a todas las graves violaciones de los derechos humanos, incluso aquellas que no constituyen crímenes internacionales y su obligatoriedad no se establezca de manera expresa en el articulado del instrumento internacional (Uprimny, Sánchez, & Sánchez, 2014).

Para efectos de este trabajo investigativo, se acogerá la postura que sostiene que se deben juzgar y sancionar las infracciones sobre los tratados ya señalados y las contenidas en el Estatuto de Roma, crímenes de lesa humanidad y de guerra, pues son las conductas sobre las que la C.P.I. tiene competencia, haciendo la salvedad, que en el juzgamiento solo se deben tener en cuenta aquellas conductas cometidas con posterioridad a la entrada en vigencia de tal Estatuto en la normatividad colombiana.

1.5. Penas adecuadas

La obligación de imponer penas adecuadas a los responsables de estos crímenes, nace con la precisión que hace el jurista Louis Joinet en su informe de los Principios Básicos para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos para la Lucha contra la Impunidad, en los cuales se instituye el deber de los Estados de “adoptar medidas conducentes a que los autores de

violaciones a los derechos humanos sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas" (Dir. Belhassen, 2007, pág. 8).

A pesar de ello, ningún tratado internacional de manera expresa determina qué pena se debe imponer, es decir los tratados internacionales solo se refieren a la obligación general de los Estados de sancionar penalmente, pero no se pronuncian sobre qué sanción específica se debe imponer sobre qué delitos. De manera que se hace menester recurrir a los lineamientos establecidos por los principios penales y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales sobre la materia al momento de determinar la pena.

1.5.1. Principio de proporcionalidad de la pena. En época de normalidad jurídica la sanción penal corresponde al principio de proporcionalidad de la pena, en otras palabras exige la existencia de una “relación proporcional entre el crimen y el castigo: entre más grave el delito, más severa la sentencia. Si, además, se decide concentrarse en los máximos responsables de delitos graves, las penas basadas en la proporcionalidad exigirían la pena más severa imaginable” (Seils, 2015, pág. 4)

El principio de proporcionalidad responde a “la aplicación de tres subprincipios: adecuación, necesidad, y ponderación en sentido estricto, que deben ser analizados de forma escalonada” (Bernal & Montealegre, 2013, pág. 420), de lo contrario se estaría imponiendo una medida desproporcionada. Estos subprincipios están ligados a la ‘funcionalidad’ o la finalidad que se persigue con la imposición de la pena, pues tanto el proceso como la sanción deben comunicar un mensaje de manera efectiva tanto al sentenciado como a la comunidad (Seils, 2015). Igualmente, las penas deben mostrarse necesarias, en el entendido que la finalidad

perseguida no puede ser alcanzada a través de sanciones menos lesivas de derechos humanos al condenado (Bernal & Montealegre, 2013).

Sobre el particular la Corte Constitucional Colombiana ha expresado que la proporcionalidad requiere un juicio estricto de proporcionalidad, tanto del tipo como de la sanción. De modo que el legislador que no puede consagrar como delitos conductas que “desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables” (2012, pág. 02). Esta misma pauta ha de ser aplicada a la configuración de la pena, deben tipificarse penas que correspondan a la protección del bien constitucional, pero que no afecten de manera exorbitada los derechos fundamentales de los condenados (Sentencia C-121, 2012).

A pesar de lo indicado sobre el principio de proporcionalidad, ningún instrumento internacional establece de manera expresa la pena específica que se debe imponer en casos de infracciones sobre derechos humanos o de derecho internacional, especialmente en épocas de transición. Ejemplo de ello, en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, la Corte IDH consideró al Estado de El Salvador culpable de no investigar o juzgar a los responsables de las masacres, pero nada dijo respecto de la pena que se debía imponer a los responsables (Seils, 2015).

Tampoco existe una forma única o una directriz universal que permita imponer penas adecuadas en los casos de criminales de guerra o perpetradores de graves violaciones de derechos humanos, especialmente en circunstancias de transición, donde la línea de la justicia tiende a diluirse a favor de la paz o la democracia. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que se pueda aplicar parámetros básicos que se traduzcan en justicia material en época de transición.

Existe, empero, lineamientos generales sobre el castigo de algunas conductas, propuestos por algunas Cortes Internacionales, por ejemplo, “el Estatuto de Roma aporta disposiciones sobre la determinación de la pena, pero no comprometen a los Estados en lo que concierne a los procedimientos a nivel nacional” (Seils, 2015, pág. 6).

Sobre el punto, es oportuno el concepto de la Corte IDH en el Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, donde determinó que la pena debe corresponder a la sentencia debidamente motivada y proferida por autoridad judicial, igualmente la aplicación del principio de favorabilidad debe estar en armonía con el principio de proporcionalidad, de modo que la justicia penal sea real y cumpla con efectividad un objetivo claramente verificable compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, 2007).

El Estatuto del TPIY calificaba una pena adecuada, cuando en su imposición se tenían en cuenta factores como “gravedad del delito, las circunstancias individuales del procesado y la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes” (Dir. Belhassen, 2007, pág. 9). Asimismo, el art. 78 del Estatuto de Roma establece como criterios para la imposición de la pena al interior de la C.P.I. “la gravedad del delito, los intereses de las víctimas, la edad y el grado de participación de la persona a quien se endilga la comisión de una cierta conducta” (Botero & Restrepo, 2006, pág. 62).

Ahora bien, un período de transición política no es excusa para evitar la investigación judicial sino que se debe “compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”

(Botero & Restrepo, 2006, pág. 55). Precisamente, la Corte IDH ha precisado que en el contexto de una paz negociada debe hacerse un juicio de ponderación de los efectos de la justicia penal sobre los derechos de las víctimas y sobre la necesidad de terminar el conflicto, el cual solo es válido si se atiende a ciertos estándares básicos, teniendo en cuenta especialmente el papel de la verdad y la reparación (Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, 2012)

1.5.2. Fines de la pena. En una sociedad jurídicamente organizada, el Estado se abroga el derecho de la imposición de castigos al infractor de conductas previstas como delitos, esta capacidad es conocida como *ius puniendi*, el cual obedece a objetivos específicos de protección de los bienes jurídicos fijados en su legislación que a la vez sirve para preservar el sistema (Orelana, 2005). De manera que

Todo castigo apunta al sufrimiento del infractor. Una pregunta clave es: ¿cuál es la finalidad de tal sufrimiento? En un enfoque puramente comunicativo se podría denunciar la inadmisibilidad de un comportamiento determinado con sólo una declaración. Pero el objetivo del castigo va más allá de la reprobación o la censura. La censura, que toma en serio al criminal como actor moral racional, aspira a comprometerlo a reconocer que un comportamiento determinado suyo fue incorrecto. Este aspecto persuasivo es el propósito fundamental del castigo y no una contingencia que resulte de él. (Seils, 2015, pág. 9)

En otras palabras, la pena tiene una finalidad determinada que pretende eliminar las conductas delictuales cometidas al interior de la sociedad, ya sea previniendo que los ciudadanos comenten delitos (prevención general) o evitando que los infractores reincidan en su actuar criminal (prevención especial) (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006).

Los fines de la pena se han estudiado de manera tradicional desde tres corrientes: la retribución, la prevención general y la prevención especial o específica.

1.5.2.1. La retribución. El objetivo de este tipo de penas es pagar el mal cometido a través de imposición de sufrimiento al infractor (Avila, 2007). En esta finalidad se ubica la ley del talión que aplica la conocida formula ‘ojo por ojo’. Así, en este enfoque se aplica mayor pena a los delitos más graves (Seils, 2015). En otras palabras,

La retribución se describe como la determinación objetiva, razonada y mesurada de un castigo apropiado que refleja adecuadamente la culpabilidad moral del infractor, teniendo en cuenta la toma de riesgos intencional del infractor, el daño resultante causado por el infractor y el carácter normativo de la conducta del infractor. (Seils, 2015, pág. 11)

1.5.2.2. La prevención general. El estudio de la institución jurídica de la pena a partir de este enfoque se compone de dos aristas, la primera positiva y la segunda negativa. La prevención especial positiva está encaminada a proteger el orden normativo de la sociedad a través de “una afirmación positiva, de convicciones jurídicas, conciencia social y respeto al derecho” (Mir Puig en Avila, 2007, pág. 29).

De su lado la prevención general negativa, también conocida como de la intimidación, propende por la disuasión de los ciudadanos mediante la amenaza de la pena, de modo que el objetivo de la pena es intimidar a la ciudadanía para evitar que ésta cometa delitos (Avila, 2007).

O sea, este enfoque tiene como objetivo reforzar los valores ético-sociales y la confianza de la población no criminalizada en el sistema, asimismo el efecto disuasorio de la pena deviene de la capacidad estatal de ejecutar la amenaza de causar daño sobre los infractores de la norma

(Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006). En este sentido, tanto la certeza de la pena como la severidad de la misma fundamentan la eficacia de la disuasión general (Seils, 2015).

1.5.2.3. La prevención especial o específica. Al igual que la prevención general, el estudio de la pena desde la óptica de la prevención específica se subdivide en dos, positiva y negativa. De un lado, la prevención específica positiva tiene al infractor penal como alguien que necesita redireccionar su actuar en concordancia con el sistema jurídico establecido, debido a ello este enfoque de estudio se encamina al mejoramiento del infractor (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006). Así las cosas, el delito se presenta como una enfermedad y la sanción penal como el medicamento (Avila, 2007).

Por otro lado, en la prevención especial negativa la pena opera sobre la persona criminalizada con el objetivo de “neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de *un mal para la persona*, pero que es un *bien para el cuerpo social*” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 48). Así, la sanción penal pretende incapacitar al autor de delitos de modo que ya no cause daño a la sociedad en general (Seils, 2015). En otras palabras, “no actúa –ni se preocupa– sobre las causas, sólo trata de contener algunos efectos, siendo, de esta manera, una respuesta eminentemente reaccionaria” (Avila, 2007, pág. 25).

La disuasión específica pretende lograr un cambio en el comportamiento futuro del autor a través de la imposición de consecuencias desagradables por conductas cometidas con anterioridad (Seils, 2015). De manera que en este enfoque “el fin de la pena es la *corrección y educación* del delincuente (individualmente considerado como un ser anormal), a través de su *aseguramiento*, para que éste se aparte de la comisión de futuros delitos” (Avila, 2007, pág. 21).

En síntesis, las referidas son a grandes rasgos las teorías que desde hace décadas han legitimado el castigo o la sanción penal en un Estado de derecho en tiempo de normalidad jurídica. Adicionalmente, se presentan otras corrientes modernas en el estudio de los fines de la pena que se han decantado por atribuirle esta institución jurídica la finalidad de la rehabilitación o restitución y la comunicación (Seils, 2015).

1.5.2.4. La rehabilitación. Otra finalidad de la pena es la rehabilitación, la cual consiste en “darle al delincuente la posibilidad de reconocer los errores que cometió y reingresar a la sociedad como un ciudadano respetuoso de la ley” (Seils, 2015, pág. 11).

Este tipo de penas encuentran mayor arraigo en las propuestas de justicia restaurativa, la cual pretende sanar las heridas del pasado y recomponer los lazos que fueron rotos en el tiempo de la violencia a través del reconocimiento de errores propios y la comprensión del sufrimiento y devastación causada con estas acciones (Seils, 2015).

1.5.2.5. La comunicación: la afirmación social de los valores. Este enfoque se presenta como un mecanismo holístico al momento de imponer un castigo, involucra a toda la comunidad en la empresa conjunta de la resocialización del delincuente.

Así, “la pena que impone el sistema judicial tiene que ser capaz de expresar la condena adecuada por la conducta en cuestión, y ser capaz también de generar una reflexión por parte de la persona condenada que la conduzca a convencerse de que se comportó mal y que sus comportamientos requieren reforma” (Seils, 2015, pág. 12). De manera que la persona condenada reconoce el mal cometido y cambia su comportamiento futuro debido, no al miedo al castigo, sino a causa de un sentido de valores compartidos (Seils, 2015).

1.5.2.6. Críticas a los Fines tradicionales de la pena. Las teorías clásicas de los fines de la pena han recibido importantes críticas en cuanto a su eficacia y necesidad. Por ejemplo, la prevención general, como objetivo legitimador del castigo, ha recibido múltiples críticas, especialmente del jurista argentino Eugenio Zaffaroni quien considera que “el poder punitivo no cura las heridas de la víctima, ni siquiera retribuye el daño, sino que hace mal al autor” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 42). Además la criminalización “mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 44).

El enfoque de la disuasión específica también ha sido ampliamente criticado, pues parte de la validez única del sistema de valores mayoritariamente aceptado dentro de una sociedad, de modo que todo aquel que no esté de acuerdo con ello debe ser castigado (Avila, 2007). Además, entiende la pena carcelaria como único mecanismo de reeducación, cualidad resocializadora que ha sido deslegitimada, toda vez que “hay delincuentes que no requieren tratamiento, hay otros que no son susceptibles de tratar (los llamados incorregibles de Liszt), y en cuanto a los corregibles, las estadísticas sobre su corrección son discutibles (...) Represión y educación son en definitiva incompatibles” (Avila, 2007, pág. 27).

En este orden de ideas, el derecho penal protege los bienes jurídicos del conglomerado social al neutralizar las amenazas al sistema jurídico, pero no salvaguarda los derechos de las víctimas sino que confisca su derecho a la venganza e impone una sanción que protege al sistema y no repara a la persona lesionada (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006). Para evitar los inconvenientes producto del malestar causado por esta situación, el jurista Zaffaroni invita a

Adoptar[r] un criterio de construcción teleológica del derecho penal, que tenga como meta la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistentes), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 61)

De lo visto, se tiene que la pena es una invención humana que no cumple con las funciones para las que fue creada pues no repara, ni restituye, ni previene la criminalidad (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006). Además está en constante cambio, pues su imposición depende de lo tipificado como delito, que a su vez se transforma según las actitudes sociales de la población (Ambos, 2003).

Al punto, para Zaffaroni la pena es “(a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara, no restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros eminentes” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 56). De ahí que la explicación racional de las penas como se ha conocido tradicionalmente pierde sentido, máxime dentro de un proceso transicional que debe ofrecer incentivos a fin de que la mayoría del conglomerado disidente se adhiera al mismo y repare a sus víctimas (Seils, 2015).

Es importante dejar claro que en este tipo de procesos, la imposición de la pena deja de considerarse como un ejercicio racional para convertirse en un ejercicio político que permita la

salida del conflicto, a la par que envía mensajes que neutralicen la reincidencia (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006)⁹.

Sobre el particular caso colombiano, Paul Seils, propone la imposición de un enfoque mixto en la aplicación del castigo que involucre objetivos reformadores, comunicativos y retributivos, de manera que “reconoce [la] noción de la condena como una función social importante; privilegia la idea de la persuasión en los esfuerzos de generación de confianza para rehabilitar al criminal; y le quita la centralidad al delincuente” (Seils, 2015, pág. 13).

En su propuesta, Seils resalta la importancia del juicio, más que de la severidad de la pena, como forma pública de reproche y como mecanismo eficaz de comunicación de valores sociales, confiando en la condena social como mecanismo de persuasión que conduzca a la reforma¹⁰. En sus palabras, es justificable “transar con la naturaleza de las penas, pero no hay justificación en transar con la virtud esencial del juicio: la denuncia social del mal, el daño causado a los valores sociales, y la exigencia pública de responsabilidades a los culpables” (Seils, 2015, pág. 15).

⁹ Zaffaroni considera que la imposición de pena no es en ningún caso un ejercicio racional, toda vez que no es posible conocer sus funciones. En sus palabras explica “Si no sabemos qué función cumple la pena, no podemos explicarla, porque la pena no parece ser un hecho racional y, por ende, no es jurídico, dado que el principio republicano (art. 1° constitucional) impone que los actos de gobierno sean racionales. Y así debe concluirse: el poder punitivo solo muy eventualmente es un ejercicio racional de poder y, por ende, debe ser considerado como un fenómeno extrajurídico, meramente político”. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 58)

¹⁰ Cabe aclarar que en su propuesta, Seils recomienda un período de separación o exclusión de la sociedad para los responsables de crímenes graves que impida el acceso directo de estas personas a cargos públicos, sin que ello implique la imposición de pena carcelaria prolongada como es propio de la justicia ordinaria.

En definitiva, dentro de los procesos de justicia transicional los fines que se pretenden deben encontrarse fijados de manera clara y precisa, de suerte que no se incurra en la imposición de penas sin sentido, sino que estas sean con el propósito de alcanzar los objetivos propuestos.

1.6. Pronunciamiento de Organismos internacionales sobre amnistías y penas adecuadas

La comunidad internacional solo ve con buenos ojos la concesión de amnistías cuando estas se presenten como necesarias y sean el único recurso al cual pueda acudir un Estado que permita el tránsito hacia la democracia o a la paz, siempre y cuando no recaiga sobre crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o graves violaciones de derechos humanos (Botero & Restrepo, 2006). Así también lo señalan Louis Joinet y Diane Orenlitcher en el principio 25 de las Directrices para la Lucha contra la Impunidad, donde señalan que aún en época de transición política los autores de delitos graves conforme al derecho internacional deben ser excluidos de este tipo de beneficios (Comisión Colombiana de Juristas, 2007).

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha dejado clara su posición sobre la concesión de amnistías, mediante el Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición en las Sociedades que Sufren o han Sufrido Conflictos. U.N. Doc. S/2004/616 del 3 de agosto de 2004, donde el Secretario General de la corporación asegura que Naciones Unidas nunca puede permitir un tratado de paz que conceda amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos (Informe del Secretario General de Naciones Unidas, 2004). Además, la mentada organización ha considerado que estos delitos exigen sanciones penales, por lo que las sanciones deben trascender el ámbito disciplinario o administrativo, pero no se precisa cómo se

traspasa el umbral de lo ilusorio ni “qué tipo de sentencia se requiere para que constituya un “auténtico castigo” y no una manera de garantizar la impunidad” (Seils, 2015, pág. 5).

La alternativa jurídica a las amnistías es la rebaja de las penas, lo que ha sido aceptado por las Cortes Penales Internacionales, siempre que medie la existencia de un proceso o negociación de paz (Botero & Restrepo, 2006). No obstante, cabe señalar que el art. 110 del Estatuto de Roma, prevé que “el estado de ejecución de la pena no podrá poner en libertad al recluso antes del cumplimiento de la misma”, de modo que algunos subrogados penales, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, quedan descartados de la norma constitutiva de la C.P.I.

De lo anterior se concluye entonces, que aunque no existe un tratado internacional que determine qué pena es adecuada en qué casos, lo cierto es que la concesión de amnistías e indultos sobre crímenes de guerra y de lesa humanidad no configuran el cumplimiento de mínimos de justicia aceptados por la comunidad internacional, que requiere de la imposición de castigos efectivos y no ilusorios. Entonces, el incumplimiento de estas premisas, permite que se active la jurisdicción residual de la C.P.I o la jurisdicción universal de los países para juzgar penalmente a los ofensores de derechos humanos.

1.7. Pronunciamientos de Tribunales Penales Internacionales

Los Tribunales internacionales nacen como instrumento de lucha contra la impunidad por parte de la comunidad internacional y “aparecen como la mejor alternativa en defensa del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y de los derechos humanos, y como la mejor estructura para luchar contra el fenómeno de la impunidad” (Fraschina, 2008, pág. 2) y

están encaminados a disminuir la necesidad de retaliación violenta por parte de las víctimas (Meernik, 2003).

Estos Tribunales se pueden conformar mediante una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como es el caso de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, o a través de un acuerdo entre Naciones Unidas y el Estado, como ocurrió en el caso de Sierra Leona y Camboya, o por medio de una ley nacional, que fue el particular caso de Irak (Fraschina, 2008).

Dentro de sus respectivos estatutos de creación se han establecido disposiciones sobre la determinación de la pena, regulando los agravantes de la conducta, donde se evidencie la posición de superioridad o de mando del colectivo infractor, así como el especial estado de vulnerabilidad de las víctimas, en el caso mujeres, niños, ancianos o prisioneros bajo su custodia (Jackson, 2011).

Igualmente se ha regulado sobre los atenuantes punitivos al momento de imponer la pena, entre los que se encuentra la actitud del acusado, cuando este demuestre que se trató de un evento aislado¹¹ y los actos de arrepentimiento, cuando esto sean considerados sinceros¹² (Jackson, 2011).

En contraste con lo anterior, las disposiciones generales que contienen los estatutos de creación de los diferentes Tribunales no ha sido suficiente para resolver la difícil tarea de establecer parámetros para fijar las penas, especialmente en delitos tan atroces que algunos

¹¹ Esta admisión se hace bajo el entendido de que al ser un evento aislado en su vida es muy poco probable que el comportamiento criminal se repita en el futuro (Jackson, 2011).

¹² Las Cortes generalmente han conceptuado que en estas expresiones de remordimiento brindan una oportunidad de reconciliación y para determinar la sinceridad de estos actos de arrepentimiento, se tiene en cuenta el comportamiento y los pronunciamientos del acusado dentro del proceso, entre ellos el aceptar cargos y la entrega voluntaria a las autoridades (Jackson, 2011).

juristas consideran no pueden ser sancionados de “la misma forma y con los mismos parámetros que los delitos nacionales” (Dondé, 2016, pág. 319).

1.7.1. Pronunciamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua

Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Estos Tribunales se crearon debido a la necesidad de que los perpetradores de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra enfrentaran la responsabilidad por los crímenes cometidos (Meernik, 2003). Así, las decisiones proferidas por estos Tribunales establecieron un importante precedente en futuros juzgamiento de este tipo. En la tabla No. 2 se presenta un esquema de lo actuado en estos Tribunales.

Tabla 2. Pronunciamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Pronunciamiento del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).		
Ítem	Categoría	
1	Creación	Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
2	Sanciones Aplicable	Desde 2 años hasta prisión perpetua
3	Agravantes ¹³	‘La gravedad y modalidad de la conducta’, pero no se determinó de manera expresa lo que se consideraba como tal (Holá, Bijleveld, & Smeulers, 2011).
4	Dosificación de Pena	Circunstancias de agravación y atenuación punitiva, son desarrolladas por jurisprudencia. Los estatutos solo contemplan ‘las ordenes de un superior’ o ‘cooperación importante con la Fiscalía’ como circunstancias de atenuación punitiva (Holo, Bijleveld, & Smeulers, 2011).

13 Esta determinación está contenida en los arts. 23 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y 24 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

5	Consideraciones para imponer Pena	Gravedad del crimen: la categoría del crimen, tipo de delito, escala del crimen, modalidad de conducta, rango o rol del acusado y factores de agravación. ¹⁴
		Circunstancias personales del acusado: (factores atenuantes) “la reparación de las víctimas, la entrega voluntaria, falta de antecedentes, arrepentimiento, cooperación con la Fiscalía, buen comportamiento en detención, buen comportamiento previo al crimen, aceptación de cargos, actitud general frente al proceso y problemas de salud” (Holá, Smeulers, & Bijleveld, 2011, pág. 17). ¹⁵
6	Preacuerdos	TPIY admitía la implementación de preacuerdos con el fin de acelerar los procesos, especialmente en casos de oficiales de menor rango (Meernik, 2003, pág. 152).
7	Condenas ¹⁶ .	<p>TPIY</p> <p>Crímenes de lesa humanidad: 19 casos. Condenas promedio de 13 años. Pena contemplada de 3 a 20 años.</p> <p>Crímenes de Guerra: 18 casos. Condenas promedio de 9 años. Pena contemplada de 2 a 20 años</p> <p>TPIR</p> <p>Crímenes de lesa humanidad: 6 casos. Condenas promedio de 9 años. Pena contemplada de 8 años a prisión perpetua.</p>

¹⁴ Los factores de agravación punitiva contemplados por estos Tribunales fueron la posición de autoridad, liderazgo, influencia o confianza en la comunidad, la “situación de vulnerabilidad de las víctimas, sevicia en la conducta, número de víctimas, crueldad del ataque, término de su participación en la actividad criminal, participación activa, instigar a otros, participación en el ataque a Iglesias u hospitales y liderazgo en el ataque” (Holá, Smeulers, & Bijleveld, 2011, págs. 19-20).

¹⁵ En el caso particular del TPIR, también se tuvo en cuenta el servicio público prestado a Ruanda como atenuante de la pena.

¹⁶ Sobre el punto, cabe recordar que tanto el ICTY y el ICTR contemplaban la prisión perpetua en sus estatutos para quienes resultaren vencidos en juicio, pero esta pena fue impuesta principalmente en los casos de genocidio (Holá, Smeulers, & Bijleveld, 2011).

1.7.2. Pronunciamientos de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL). Fue creada en 2002 mediante Acuerdo entre el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y el Estado sierraleonés para investigar y judicializar a los principales responsables¹⁷ de crímenes de lesa humanidad e infracciones al derecho internacional cometidos en ocasión del conflicto, con el fin de generar confianza en el sistema legal del país entre los sobrevivientes al conflicto y la reconstrucción moral del país (Dana, 2014). Adicional a la Corte, el proceso de Justicia Transicional sierraleonés también constituyó una Comisión de Verdad de carácter extrajudicial con el fin de lograr publicidad, satisfacción y pacificación social a través de declaraciones y testimonios de los “niños soldados”. En la Tabla No. 3 se presenta un esquema de las decisiones de esta Corte.

Tabla 3. Pronunciamientos de la Corte Especial para Sierra Leona

Pronunciamientos de la Corte Especial para Sierra Leona		
Ítem	Categoría	
1	Creación	Acuerdo entre el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y el Estado de Sierra Leona
2	Competencia	Hechos ocurridos después del 30 de noviembre de 1996 que configuraran crímenes contra la humanidad (art. 2), violaciones al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II (art. 3), u otras violaciones graves del derecho internacional humanitario (art. 4) o alguno de los crímenes cometidos según la legislación sierraleonesa (art. 5) (Blanc Altemir, 2011).
3	Dosificación de la Pena	Gravedad de la ofensa, pero no se diferenció entre la gravedad de la conducta y cuando era un agravante específico de la persona (Dana, 2014) ¹⁸ . Grado de participación en la comisión de los crímenes, si actuó en calidad

¹⁷ Este Tribunal se enfocó en el enjuiciamiento de los principales responsables limitando su número “en función de la autoridad y funciones de dirección ejercidas, así como por la gravedad y amplitud de los crímenes cometidos” (...), la expresión “mayor responsabilidad” implicaría, desde esta óptica, una posición de liderazgo o de autoridad de los acusados y por otra parte, una cierta gravedad del delito o su comisión en masa, sin que ello deba considerarse un baremo o un límite mínimo, sino una orientación para el Fiscal con objeto de que éste adopte una estrategia de acusación o decisiones de procesamiento en determinados casos. (Blanc Altemir, 2011, pág. 125)

¹⁸ Al respecto, en la Sentencia proferida contra Charles Taylor, los jueces consideraron diversos agravantes de la conducta, entre ellos su posición de autoridad y liderazgo como cabeza de un Estado, y al momento de tasar la pena incluyeron como esta misma calidad como circunstancia de agravación punitiva (Dana, 2014).

de determinador, participe y/o cómplice.

4	Agravantes	Gravedad de las conductas, su brutalidad, el alcance temporal del crimen (sistemático), el papel del acusado en la comisión de la conducta, el número de víctimas, el grado de sufrimiento o impacto del crimen en el sujeto pasivo, las consecuencias del delito en los familiares de las víctimas y la vulnerabilidad de las víctimas.
5	Circunstancias de Agravación Punitivas	Mayor posición social, mayor nivel de escolaridad o educativo, o que tuvieran a su cargo la seguridad de la comunidad o personas afectadas, tal como militares de alto rango o alcalde de municipios donde ocurrieran los hechos (Dana, 2014).
6	Circunstancias de Atenuación Punitivas	Solo la colaboración con la Fiscalía y el actuar siguiendo órdenes superiores permitía una reducción en la condena. No se tuvo en cuenta las circunstancias personales del acusado, tales como las reparaciones a las víctimas y sus familiares, pues consideraron que estas acciones eran propias de la justicia doméstica (Dana, 2014). Los actos de arrepentimiento manifestados por el enjuiciado, su poca de escolaridad, la falta de antecedentes judiciales, el promover la reconciliación, el buen comportamiento en detención y ayuda a las víctimas fueron admitidas como atenuantes de la pena de manera discrecional por parte de la Corte (Dana, 2014, pág. 637).
7	Penas Impuestas	9 personas juzgadas. Condenas impuestas de 15 a 52 años de prisión

De lo visto, el Litmus Test, o punto de partida para determinar la pena, partía de la gravedad de la conducta, entonces conforme el principio de proporcionalidad en sentido estricto aplicado por esta Corte, a mayor número de conductas perpetradas, mayor gravedad, y a mayor gravedad de la conducta mayor pena (Dana, 2014).

La jurisprudencia heredada de la CESL contribuyó a la imposición de penas efectivas propias del sistema de justicia retributiva, exaltó los principios del derecho penal internacional e impuso penas ejemplares con el fin de enviar un mensaje disuasorio a la comunidad de modo que estas conductas no se repitan en la historia sierraleonesa (Dana, 2014). Sin embargo, la CESL después de 10 años solo había juzgado efectivamente a 9 personas y gastado aproximadamente 250 millones de dólares, condenando a penas entre 15 a 52 años de prisión, lo que pone en duda su verdadera efectividad (Dana, 2014).

1.7.3. Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya (CECC). El conflicto armado en Camboya se configuró como un conflicto armado no internacional, producto de la lucha de los Jemeres Rojos (Khmer Rouge) en su ascenso y mantenimiento del poder. Esta contienda finaliza con la deposición del dictador Pol Pot (Saloth Sar) y la firma el acuerdo de París. Estas Cámaras Especiales eran híbridas contando con 5 jueces, 2 nacionales y 3 internacionales, y las decisiones se alcanzaban mediante mayoría especial, y debía contar con al menos un voto de un juez internacional. La Tabla No. 4 presenta un esquema de lo obtenido en las sentencias.

Tabla 4. Pronunciamiento de las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya (CECC)

Pronunciamiento de las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya (CECC)		
Ítem	Categoría	
1	Creación	Acuerdo entre el gobierno de Camboya y la Organización de Naciones Unidas
2	Competencia	crímenes cometidos por los Jemeres Rojos (Khmer Rouge) desde el 17 de abril 1975 al 6 de enero 1979 ¹⁹
3	Litmus test	Gravedad de la conducta.
4	Reglas de procedimiento	Se implementaron las reglas de procedimiento presentes en la ley nacional, excepto en los casos no regulados por estas, o cuando existiera duda sobre una norma de procedimiento o cuando esta fuera incompatible con el derecho internacional penal, casos en los que se recurría a la costumbre internacional para dar solución al impase (Jackson, 2011).
5	Factores agravantes	La posición de autoridad sobre las personas que la cometieron y el caso de indefensión de las víctimas y la extensión del daño causado, la naturaleza de la conducta ilícita y los medios empleados al ejecutar el crimen, el grado de participación y de intención de la persona condenada, las circunstancias de manera, tiempo y ubicación, y la edad, educación, condición social y económica de la persona condenada (Jackson, 2011, pág. 12).
6	Atenuación Punitiva	La norma solo actuar en cumplimiento de órdenes de un superior, posiblemente bajo presión, y la cooperación sustancial con la Fiscalía. Los jueces incluyeron factores como la “admisión de culpabilidad, la cooperación con el fiscal, actos sinceros de arrepentimiento, la rendición voluntaria, el buen carácter y las circunstancias familiares” del condenado (Jackson, 2011, pág. 20).
7	Penas impuestas	Las penas impuestas en este Tribunal híbrido variaron de 35 años hasta la prisión perpetua (Pérez-Solero, 2016).

¹⁹ En este período perecieron entre 2 y 2.2 millones de personas el equivalente a una cuarta y una tercera parte de la población (Etcheson, 2004).

Cabe aclarar que en la tradición penal internacional se han implementado otros Tribunales, pero se han destacado las decisiones de los Tribunales señalados debido a la similitud de procesos con el caso colombiano, toda vez que en estas jurisdicciones, se establecieron Comisiones de Verdad que permitieran construir verdad histórica y se crearon jurisdicciones nuevas y transitorias para tratar con los crímenes del pasado.

No obstante, la disparidad de los procesos transicionales que dieron lugar a tales Tribunales con el caso colombiano, no permite hacer una acertada equiparación en cada caso, pues no fueron producto de negociación con la parte vencida, además al tratarse de procesos de violencia vertical se facilitaba el señalar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos, caso diferente del colombiano.

1.8. Postura de la C.P.I.

La C.P.I tuvo su génesis en el Estatuto de Roma, tratado internacional que le otorga su definición, jurisdicción, competencia, la aceptación y el proceso de vinculación de los Estados que reconocieron y aceptaron la entrada en vigencia del mismo, “con la finalidad de que [la C.P.I] asuma el conocimiento de los crímenes graves que afectan a la humanidad” (Castillo, 2015, pág. 25) y “evitar la impunidad de los autores de crímenes internacionales y para consagrar el deber de todo Estado de ejercer jurisdicción contra los responsables de tales crímenes” (Monroy Cabra, 2011, pág. 109).

La jurisdicción de la C.P.I se limita únicamente a conocer de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agresión, conforme lo preceptuado por el art. 5 del E.R. Su competencia se “ejerce respecto de personas naturales, sin distinción alguna basada en el cargo oficial” (Monroy Cabra, 2011, pág. 117), y se activa cuando, después de la entrada en vigor del

Estatuto de Roma, se cometan crímenes de trascendencia internacional en el territorio de un Estado parte o por uno de sus nacionales. Además, debe cumplirse el requisito de complementariedad, es decir que el Estado es incapaz o no tiene voluntad de investigar el crimen (Monroy Cabra, 2011).

En cuanto a las penas, el E.R solo establece topes máximos, pero no determina las penas mínimas que se deben imponer ni establece sobre qué delitos, lo que parece atentar contra el principio *nullum poena sine lege* (Ambos, Malarino, & Steiner, 2014). En el art. 77 del E.R se estipulan las “penas de reclusión, incluso a perpetuidad, y como penas accesorias la multa y el decomiso de bienes, cuando sea el caso”. El art. 78 de esta norma establece que entre los elementos que se deben tener en cuenta al imponer la pena, se encuentran la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (Dondé, 2016).

El E.R es complementado por las Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante RPP), donde se mencionan los factores para determinar la gravedad del crimen y las condiciones personales:

Regla 145.1.c [...] entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. (Dondé, 2016, pág. 308)

Es necesario aclarar que la gravedad de la conducta es diferente a las circunstancias agravantes. La primera es de naturaleza objetiva y se refiere al hecho punible o a la conducta en sí misma, la cual es comunicable a todos los intervinientes quienes cuentan con la producción o

el resultado del hecho, por ejemplo, la especial crueldad en la ejecución del crimen o la vulnerabilidad de la víctima (Modolell, 2014).

Las circunstancias agravantes mencionadas en el ECPI son la condena previa por otro crimen competencia de la C.P.I, el abuso del poder o cargo oficial, la comisión en contra de una víctima especialmente indefensa, la comisión con especial crueldad o en contra de un número considerable de víctimas, y la comisión con una intención discriminatoria u otras circunstancias semejantes. (Dondé, 2016, pág. 309)

Por su parte, las circunstancias de agravación punitiva son características personales del sentenciado que permita imponer una sanción mayor al momento de tasar la pena. En todo caso, cuando se haya aplicado una causal como agravante de la conducta, esta misma causal no puede ser aplicada como circunstancia agravante al momento de fijar la pena.

En cuanto a las circunstancias de atenuación punitiva, son aquellos comportamientos posteriores a la comisión de la conducta, “incluyendo su actitud con las víctimas y si existió cooperación con la C.P.I” (Dondé, 2016, pág. 309). La C.P.I fue enfática en la sentencia impuesta a Thomas Lubanga Dyilo²⁰ al establecer que de conformidad con el art. 33 del Estatuto “las órdenes del superior jerárquico solamente serán consideradas como excluyentes de responsabilidad si hubiera una obligación legal para seguir la orden, no se supiera que la orden fuera ilícita y esta no fuera manifiestamente ilícita” (Dondé, 2016, pág. 311). También se muestran como circunstancias atenuantes el resarcimiento o la disminución del daño ya causado a las víctimas y la cooperación con la C.P.I (Modolell, 2014).

²⁰ La sentencia contra Thomas Lubanga Dyilo fue la primera sentencia condenatoria proferida por la C.P.I. El señor Lubanga fue condenado en el año 2012 por los delitos de alistamiento, reclutamiento y uso de menores de 15 años en las hostilidades a las penas de 12, 13 y 14 años de prisión respectivamente (Ambos, Malarino, & Steiner, 2014).

La C.P.I ha insistido, también, en la responsabilidad del superior en la cadena de mando. Ejemplo de ello es la sentencia de Lubanga, donde la C.P.I condenó al líder congolés en calidad de autor intelectual, es decir “un coautor que no concurre a la ejecución material de los crímenes” (Modolell, 2014, pág. 330), pues no concurrió de manera directa en la ejecución material de los crímenes pero ejercía control sobre el delito, además la coautoría se configura cuando exista un plan común a ser ejecutado y se proporcione una contribución esencial a este (Modolell, 2014).

El Estatuto de Roma establece que se debe imponer una pena por cada crimen cometido, condena que debe ser proporcional al mismo, pero al no establecer un límite mínimo tal decisión queda al arbitrio de los magistrados, siempre que la pena no exceda 30 años o se cumplan las circunstancias especiales del condenado que le hagan merecedor a la prisión perpetua, igualmente la pena impuesta no puede ser inferior que la mayor de las condenas impuestas (Modolell, 2014).

Como se nota, el Estatuto solo impone un límite en cuanto al máximo de la pena en 30 años, y el mínimo se determina según la conducta que haya sido penalizada con mayor sanción. De modo que se entiende que en el caso de Lubanga, por ejemplo, la mayor de las condenas fue de 14 años, por lo que la C.P.I contaba con el rango entre 14 y 30 años de prisión al momento de tasar la pena, no obstante la C.P.I impuso la condena de mayor punibilidad de los tres delitos por los que había sido condenado (Modolell, 2014).

Aunque la jurisprudencia de la C.P.I ha realizado algunos avances al identificar la prevención general como finalidad de la pena, lo cierto es que en el caso de la condena de Lubanga no se despejan las dudas en cuanto a la tasación de la misma, toda vez que los

magistrados dejaron de lado las teorías de acumulación matemática y acumulación jurídica y optaron por imponer la sanción de mayor punibilidad aplicando el sistema de absorción²¹.

Esta sentencia tampoco explicó los fundamentos del castigo impuesto por los crímenes de reclutamiento y alistamiento, no explica cómo la pena impuesta es proporcional a los delitos cometidos, ni porqué se escoge el sistema de absorción sobre los otros (Modolell, 2014).

De lo visto en la jurisprudencia de los Organismos internacionales, es clara su postura sobre la prohibición de amnistías o indultos sobre graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Asimismo estas Corporaciones han insistido en la importancia de juicios reales y efectivos que envíen un mensaje disuasivo a posibles futuros infractores y la imposición de penas eficaces sobre perpetradores de estos crímenes.

Empero, estas instituciones de derecho internacional no han logrado unificar criterios sobre lo que se entiende como penas eficaces, los montos de las penas varían entre 15 años y prisión perpetua a perpetradores de violaciones graves a derechos humanos.

De lo anterior resulta prudente decir que ‘estándar internacional’ respecto de la sanción penal imponible en procesos de justicia transicional no existe y tratar de unificarlo a partir de las sentencias de los diversos Tribunales internacionales es casi imposible, especialmente teniendo en cuenta la disparidad de los conflictos que dan origen a los diversos Tribunales y la posición del Estado al momento de juzgar, es decir, no es lo mismo imponer justicia sobre una parte vencida que sobre un contendiente que negoció su salida del conflicto.

²¹ El “*sistema de absorción* para calcular el *quántum* total de la pena, método usual del concurso ideal de delitos caracterizado por el hecho de que la pena del delito mayor prevalece (absorbe) al resto de las sanciones” (Modolell, 2014, pág. 339)

El litmus test en la tradición internacional es la gravedad de la conducta, desde donde se parte al momento de tasar la pena. Pero en la tradición colombiana se castiga a la persona, por lo que al momento de tasar la pena el litmus test es la calidad y la modalidad de la conducta, castigando el grado de participación del individuo en el hecho. Conforme a la tradición internacional, el derecho interno ha de prevalecer sobre el derecho internacional, pues la norma doméstica no presenta mayores vacíos que deban ser complementados por el derecho internacional.

En este orden de ideas, atendiendo que no se puede hacer una comparación válida respecto del monto de la pena, es prudente hacer un análisis sobre los componentes de la sanción penal y su función en un proceso de justicia transicional. En efecto, la sanción penal no debe ser solamente recluir a una persona en un centro de internamiento carcelario, sino que debe cumplir una función social que permita la reintegración del individuo productivo a la sociedad, que entienda el daño que causó y, en la medida de lo posible, lo repare.

De este modo, el estudio procede sobre el cumplimiento del estándar establecido en la doctrina internacional sobre la prohibición de amnistías para graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, la implementación de investigaciones judiciales y juicios garantistas tanto de los derechos del investigado como de las víctimas. Además, el análisis de la pena se hace a partir del estudio de los fines de la pena y del principio de proporcionalidad, no midiéndola en años de privación de la libertad sino en el cumplimiento de los fines que se persigue con la medida. También es procedente un examen del cumplimiento del debido proceso dentro de las investigaciones como están contempladas en el Acuerdo del Teatro Colón y la Ley, toda vez que el Estado de Derecho requiere que se guarden las formas y se siga la ley en todo tipo de procesos.

2. Jurisdicción especial para la paz

2.1. Introducción

El conflicto colombiano con la guerrilla FARC– EP se remonta al año 1964 y se ha desarrollado durante décadas, dejando como secuelas del conflicto una cantidad innumerable de atrocidades que configuran violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por ambas partes de la contienda. Desde el 19 de noviembre de 2012 el gobierno colombiano, en cabeza del presidente Juan Manuel Santos, inició diálogos y negociaciones con la organización guerrillera en La Habana – Cuba. En estas negociaciones se contó con la presencia de representantes de varios países veedores del proceso, además se realizaron rondas de reuniones con representantes las víctimas del conflicto, de las fuerzas militares y diversos sectores de la sociedad civil, con el fin de llegar a un acuerdo integral que cubriera las necesidades de todos los sectores afectados por la violencia (Fisas, 2016).

Consecuencia de estas negociaciones fue el Acuerdo de Cartagena, firmado el 26 de septiembre de 2016 en esa ciudad. Este acuerdo fue rechazado por la sociedad colombiana mediante el plebiscito del 02 de octubre del mismo año. El resultado en urnas conllevó a la implementación de modificaciones al acuerdo original dando nacimiento al Acuerdo del Teatro Colón (en adelante el Acuerdo), firmado el 24 de noviembre de 2016, el cual fue refrendado en el Congreso el 30 de noviembre de ese año.

Desde entonces, para la implementación de este Acuerdo se han expedido diversos actos legislativos, leyes y decretos reglamentarios, entre los que se destacan el Acto Legislativo 01 de 2017 (por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la

terminación del Conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones), la ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistías) y el Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, los cuales se analizan en este trabajo, particularmente lo atinente a la sanción penal.

2.2. Construcción de Paz

El concepto de paz ha sido concebido tradicionalmente como ausencia de guerra, pero la aparición de la disciplina de estudios de paz en la década de 1960's ha ampliado éste concepto, abarcando nociones de justicia social, dialogo e igualdad que configuran un proceso de paz positiva, entendiéndola como “un proceso complejo, de medio y largo plazo que se relaciona con los derechos humanos, el desarrollo y el respeto del medio ambiente” (Mesa, 2008, pág. 2).

Johan Galtung desarrolló los conceptos de violencia directa, referida a la agresión y la guerra, violencia estructural, suscitada por las estructuras sociales, políticas, económicas y estatales represivas, y la violencia cultural, configurada por el conjunto de valores culturales preponderantes en la comunidad que impiden el pleno desarrollo de sus miembros (Mesa, 2008). De modo que para generar paz es necesario erradicar estas clases de violencia y no solo la terminación de las confrontaciones directas en el conflicto violento.

Entonces, la construcción de paz es entendida como un “concepto global que abarca, produce y sostiene toda la serie de procesos, planteamientos y etapas necesarias para transformar los conflictos en relaciones más pacíficas y sostenibles” (Lederach, en Prandi 2010, pág. 28). Sus políticas de construcción no se aferran a un modelo específico y delimitado, sino que se moldean a la necesidad de la sociedad donde se implementa. De esta manera, la construcción de paz se

refiere a las medidas destinadas a fortalecer la paz y de hecho evitar el resurgimiento del conflicto, o sea la rehabilitación post-bélica (Prandi, 2010).

Entre las medidas que se toman en esta clase de procesos se encuentra “la desmilitarización, la promoción de los derechos humanos y de la participación política, los proyectos de desarrollo económico y social y otras que, de manera genérica, establecen las condiciones para la recuperación y la reconciliación” (Prandi, 2010, pág. 28). En efecto, las sociedades que están saliendo de un conflicto violento hacia la paz deben transitar por diversas facetas, dependiendo del momento histórico y las necesidades que deban ser atendidas para alcanzar una paz estable y duradera. Estas facetas se muestran en la ilustración No. 1 que se presenta a continuación.



Ilustración 1. Construcción de Paz

Un proceso de construcción de paz responde a la forma de desarrollo y terminación del conflicto, siendo el ambiente más favorable para el proceso de rehabilitación, pacificación y reconciliación la terminación del conflicto mediante un acuerdo de paz entre las partes (Pérez, 2007). Sin embargo, es importante aclarar que

El fin de la guerra no supone que el sufrimiento de la sociedad civil, las divisiones internas y el conflicto termine. La mayoría de los países en situación posbélica mantienen sus divisiones étnicas, políticas o religiosas. Además, las causas socioeconómicas y políticas que originaron el estallido de la guerra, no sólo no se resuelven durante la confrontación armada, sino que con frecuencia se agudizan. La guerra genera nuevos problemas relacionados con la destrucción de infraestructuras, desplazamientos de población, parálisis de la economía y daños psicosociales en la población afectada por la violencia, entre otros. De ahí, que sea sumamente importante difundir y construir una nueva cultura de paz, que se sustente en los valores de la empatía, la equidad, la justicia, la cooperación en la vida política, social, económica y cultural. (Mesa, 2008, pág. 9)

El particular caso colombiano se encuentra en la etapa de la terminación del conflicto violento a la par que intenta articular mecanismos que conlleven a una paz estable y duradera. Debido a ello, se hace necesario la implementación de un proceso de justicia transicional que armonice las diversas necesidades de la sociedad fragmentada por la violencia, sin perder de vista que los procesos de paz implican que las personas que estuvieron al mando de las operaciones militares durante la era violenta ocupen cargos en el Gobierno, una vez sean beneficiados por procesos de amnistías (Prandi, 2010).

Entre las estrategias para la implementación del proceso de justicia transicional, el gobierno colombiano y la guerrilla FARC-EP, acordaron la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que contempla la puesta en marcha de la Jurisdicción Especial para la Paz, encargada de investigar, juzgar y sancionar los crímenes del pasado, etc.

2.3. Justicia restaurativa

Tradicionalmente el derecho colombiano ha castigado al trasgresor de la ley mediante justicia retributiva, cuyo principal mecanismo es la pena, con el fin de castigar al autor de un delito y desmotivar a agresores potenciales de la comisión de futuras conductas punibles. De lo anterior se desprende que el castigo retributivo del delito involucra al agresor y al Estado, dejando de lado a la víctima cuyos bienes jurídicos fueron vulnerados. En esencia, la justicia retributiva ve el delito como “una infracción a la norma del Estado” (Angulo, 2006, pág. 15).

Otro escenario predica la justicia restaurativa, la cual presenta una metodología tendiente a solucionar las consecuencias del problema delictual, enfocándose en el futuro al restablecer los lazos y relaciones que fueron dañadas con el crimen. Es un proceso que acude a la participación de la víctima, del ofensor y de la comunidad en general con el propósito de compensar el daño causado con el delito (UNODC, 2006). A la víctima, como sujeto directamente ofendido con la comisión del ilícito se le garantizan los derechos a la verdad, justicia y reparación por el daño sufrido. Al victimario se le ofrece la oportunidad de no purgar pena en una cárcel, sino de ingresar a programas que conlleven a su efectiva integración en la sociedad y a la reparación de las víctimas, que le permitan comprender la naturaleza de su error. Estas iniciativas son

impulsadas por los círculos sociales que crean mecanismos integrales de acercamiento entre las partes para hallar mecanismos efectivos de reparación (Angulo, 2006).

En este sentido, “la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario” (Uprimny & Saffon, 2006, pág. 119). Su metodología responde a las necesidades puntuales de la sociedad que las implementa y a la creatividad de las partes involucradas en el proceso, que al interrelacionarse a menudo transforma la comunidad fomentando el perdón y la reconciliación de los afectados, de modo que se dirige a las causas subyacentes que originaron el conflicto (UNODC, 2006). Para ello se vale de programas apoyados en participación en trabajo comunitario y terapias psicológicas que permite al ofensor tomar conciencia del daño causado a la par que trata de repararlo. Acude a mecanismos de participación que integran diversos sectores involucrados en el crimen, por ejemplo

(...) todos los que se fundan en la participación de la comunidad y, en particular, en el diálogo entre los actores directamente involucrados en el crimen, es decir, entre los victimarios y sus víctimas. El ejemplo típico es el de la mediación entre víctima y ofensor (Victim Offender Mediation), consistente en que, con la participación de un mediador que facilite la comunicación entre ambos, aquélla y éste lleguen a un acuerdo sobre las mejores maneras de reparar el daño y, eventualmente, arriben a una reconciliación basada en la solicitud de perdón por parte del ofensor y en la concesión del mismo por parte de la víctima. Otros ejemplos de prácticas restaurativas son las juntas de reparación comunitarias (community reparation boards), los diálogos de grupos familiares (family

group conferences) o los programas de restitución (restitution programmes). (Uprimny & Saffon, 2006, págs. 119-120)

Si bien este mecanismo de justicia suele acompañar los procesos de justicia transicional, lo cierto es que esta perspectiva del castigo no es extraña a la actual norma penal colombiana, pues esta contiene lineamientos de justicia restaurativa ampliamente marcados en la norma procesal penal²².

Esta perspectiva de justicia, aunque válida y exitosa en procesos penales ordinarios, no presenta una solución deseable cuando se ven involucrados genocidios, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, pues el castigo retributivo no solo involucra un mensaje vindicativo, sino que el juzgamiento de los victimarios cumple un papel importante dentro de la justicia transicional pues promueve los derechos de las víctimas, además el castigo de los perpetradores del daño tiene un amplio potencial reconciliador “en la medida en que establece, con mayor claridad, el reproche social frente a los comportamientos inaceptables de ciertos actores” (Uprimny & Saffon, 2006, pág. 128).

Igualmente, los juicios públicos refuerzan el papel de las instituciones estatales, creando la distinción entre el régimen anterior, en donde reinaba la impunidad, y el nuevo régimen, donde prevalecen la justicia y el respeto por los derechos humanos, de manera que se envíe un claro mensaje de transformación del Estado a un orden donde reine el respeto por los Derechos Humanos (Uprimny & Saffon, 2006).

²² Al respecto ver el libro VI capítulo I arts. 518 – 521 de ley 906 de 2004.

2.4. Jurisdicción Especial Para la Paz (JEP)

Según el Acuerdo del Teatro Colón, la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) es parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y está constituida por tres salas de justicia, entre ellas una Sala de Amnistía e Indulto y un Tribunal para la Paz (en adelante el Tribunal), el cual tiene como finalidad “administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario” (Acuerdo del Teatro Colón, 2016, pág. 129).

Es un organismo jurisdiccional autónomo e independiente de la justicia ordinaria, su finalidad es garantizar los criterios de verdad, justicia y reparación integral, y adoptar decisiones amparadas en el respeto al principio de legalidad, actuando dentro de los límites de la defensa material y técnica, presunción de inocencia, independencia, imparcialidad, doble instancia, prohibición de reforma en perjuicio del apelante único y cosa juzgada, que garanticen la seguridad jurídica. Además se trata de una jurisdicción de aplicación retroactiva, toda vez que tendrá conocimiento y juzgará conductas punibles que se hubieran cometido dentro y con ocasión del conflicto.

Lo anterior no implica que sustituya la jurisdicción ordinaria, sino que se trata de un sistema que se ocupa exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, de modo que se pueda esclarecer la verdad de los hechos y castigar a los responsables de manera expedita y eficaz.

El Acuerdo preceptúa que las fuentes de la JEP son el D.I.H, y el Derecho Internacional de los DD.HH, por lo que cobra relevancia la costumbre internacional y la doctrina de los fallos

de los Tribunales Penales Internacionales y de la C.P.I, toda vez que estos se constituyen en fuentes del D.I.H (Vinuesa, 1998).

Entendiendo que se trata de un sistema propio de justicia transicional a la cual se llegó mediante acuerdo entre el gobierno colombiano y las fuerzas armadas disidentes, la JEP contempla algunas prerrogativas propias de su naturaleza que distan de las reguladas por la justicia ordinaria colombiana. Entre ellas se encuentra la prohibición de extradición por hechos y conductas objeto de este sistema, la exigencia a los perpetradores de reparar las víctimas y contar la verdad plena como requisito para obtener sanciones propias o alternativas, las cuales no inhabilitarán para participar en política ni limitarán el ejercicio en ningún derecho activo o pasivo (Acuerdo del Teatro Colón, 2016).

La JEP figura como órgano de naturaleza plenamente judicial, incorpora reglas para determinar la concesión de amnistías e indultos, las cuales deben ser lo más amplias posible para los rebeldes que pertenezcan a organizaciones que hayan suscrito el acuerdo final²³ y para los que hayan sido acusados o condenados de delitos políticos o conexos (pág. 123 Acuerdo del Teatro Colón). En cuanto a su competencia en razón de la materia, la JEP conoce de delitos políticos (rebelión, sedición y asonada) y conexos (porte ilegal de armas, muertes en combate, concierto para delinquir con fines de rebelión, entre otros).

²³ La pertenencia al grupo insurgente se determina a partir de un listado entregado por la FARC, donde se identifica plenamente a sus miembros.

2.4.1. Amnistías e Indultos. De lo pactado en los acuerdos surgió la ley 1820 del 30 de diciembre de 2016 (en adelante Ley de Amnistías), la cual regula la concesión de amnistías e indultos²⁴ por delitos políticos y conexos y adopta tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado.

Esta ley define la amnistía como un “mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica a los integrantes de las FARC-EP o a personas acusadas de serlo, tras la firma del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional y la finalización de las hostilidades”²⁵ (art. 7). La acción penal es la puesta en marcha del sistema judicial, iniciada por la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados, con el fin de castigar las conductas tipificadas como delitos, entonces su extinción supone poner freno a este accionar.

La extinción de la acción penal por causa de la concesión de amnistías e indultos no es un concepto nuevo en la normatividad penal, por el contrario las normas sustantivas y procesales penales vigentes ya contemplan esta posibilidad como una de varias causales para que desaparezca o se extinga la acción penal²⁶. Las decisiones de amnistía tienen el efecto de cosa juzgada, de modo que sus beneficiarios no pueden ser juzgados nuevamente por estos hechos.

²⁴ Aunque la norma pareciera tratar la amnistía y el indulto como sinónimos al expresar que la amnistía se aplicará cuando la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP, es claro que la amnistía procede frente a la acción penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación, y el indulto opera respecto de las sanciones emitidas por los jueces de la República, y ello será concedido por los jueces de ejecución de penas.

²⁵ En cuanto a las sanciones disciplinarias o administrativas, la amnistía anula o extingue la responsabilidad y la sanción impuesta, siempre que las conductas estén relacionadas con el conflicto armado ya sea directa o indirectamente.

²⁶ Otras circunstancias de extinción de la acción penal son la muerte del procesado, desistimiento, aplicación del principio de oportunidad, amnistía propia, prescripción, oblación, pago en los casos previstos por la ley, indemnización integral en los casos previstos por la ley, retracción en los casos

En términos de los arts. 41 y 42 de la Ley de Amnistías, tanto la amnistía como la renuncia a la acción penal extinguen la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el amnistiado haya cumplido funciones públicas. Pero no extingue la obligación de reparación integral a las víctimas ni las obligaciones de reparación impuestas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición.

En efecto, la ley de amnistías deja claro en repetidas ocasiones que las personas beneficiadas dentro del Sistema con la amnistía, indulto o cualquier tratamiento especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo deben atender el llamado de las instancias articuladas a la JEP, contribuir al esclarecimiento de la verdad y satisfacer sus obligaciones de reparación a las víctimas, so pena de perder el beneficio que le fuere concedido si de manera reiterada e injustificada se rehúsan al cumplimiento de sus obligaciones²⁷.

La amnistía beneficia a miembros o colaboradores de las FARC-EP quienes estén siendo investigados o procesados, o hayan sido condenados, ya sea en calidad de autor o participe²⁸, de los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz, es decir,

previstos por la ley, conciliación y caducidad de la querrela, (art. 82 ley 599 de 2000; art. 38 ley 600 de 2000; art. 77 de la Ley 906 de 2004).

²⁷ Puntualmente, el art. 14 explica que las personas que rehúsen atender los llamados del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en todos sus componentes perderán el derecho a que se les apliquen las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz. En el mismo sentido, los arts. 50, contemplan la pérdida de los beneficios, cuando el beneficiario de amnistía, medida de libertad condicional, Tratamiento Penal Especial, Simétrico, Simultáneo, Equilibrado y Equitativo, etc.

²⁸ Autoría. En los términos del art. 29 del Código Penal, autoría se refiere a quien realice la conducta por sí mismo o utilizando a otros como instrumento, que combine “la voluntad incondicional de realizar” el delito y su “contribución objetiva, es decir la importancia de su aporte en la fase de ejecución”, en otras palabras, es autor quien tenga dominio del hecho (CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado No. 22.327 del 9 de Marzo de 2006). De otro lado, son partícipes el determinador (quien sugiere, manda u ordena la realización de la conducta punible), el cómplice (quien contribuye a la realización de la conducta) y el interviniente (quien participa en el delito, pero sin tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal).

01 de diciembre de 2016, en grado de tentativa o consumación.²⁹ Conforme el art. 17 de la Ley de Amnistías, esta se aplicará desde el 30 de diciembre de 2016, fecha en que entró en vigor la ley bajo análisis, y sobre quienes

- a. Hayan sido condenadas, estén siendo enjuiciadas o investigadas por pertenecer o colaborar con las FARC-EP.
 - b. Sean parte de la lista provista por las FARC-EP, aunque no hayan sido condenadas o estén siendo investigadas.
 - c. En la sentencia condenatoria se indique su pertenencia al grupo subversivo y que el delito cumpla los criterios de conexidad al delito político.
 - d. Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP.
- En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al Fiscal o Juez de Ejecución de Penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior

Ahora bien, la amnistía o el indulto aplica de iure³⁰ sobre el delito político y delitos conexos a este, siempre que no hayan sido cometidos con ánimo de lucro o en beneficio personal o de un tercero. El delito político está definido en el art. 8 de la Ley de Amnistías, como “aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen

²⁹ Tentativa. Se trata de iniciar la conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 27 Código Penal). Consumación es la realización de la conducta conforme a los objetivos perseguidos por el autor.

³⁰ El término de iure, es una expresión latina que significa de pleno derecho. Con ella se quiere señalar

constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal”. Esta definición está en consonancia con lo regulado por el título XVIII del libro segundo de la ley 599 de 2000 – Código Penal Colombiano.

Para la ley colombiana, los delitos políticos son rebelión, sedición y asonada. La rebelión consiste en el uso de las armas para derrocar el Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional. La sedición se configura con el uso de las armas para impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal. El delito de asonada requiere un colectivo de personas que de manera tumultuaria exija violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de su función. Existen también los delitos de conspiración y de seducción. El primero consiste en ponerse de acuerdo para cometer los delitos de rebelión o sedición, y con la seducción se trata de persuadir a personal de las fuerzas armadas, usurpar o retener el mando político, militar o policial, con el fin de cometer tales delitos.

2.4.1.1. Conexidad. Los delitos conexos son aquellas conductas específicamente relacionadas con el desarrollo de la rebelión y cometidos con ocasión del conflicto armado, asimismo las conductas deben estar dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión. El art. 16 de la Ley de Amnistías presenta un listado de delitos tratados como conexos, los cuales se presenta en la tabla No. 5

Para establecer la conexidad con el delito político se tienen en cuenta dos criterios, uno incluyente y otro restrictivo. Conforme al criterio incluyente, son conexos los delitos relacionados específicamente con la rebelión cometidos con ocasión del conflicto, por ejemplo, la aprehensión de combatientes, delitos en los que el sujeto pasivo es el Estado, conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Tabla 5. Delitos conexos

Delitos conexos	
1. Apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro.	16. Concierto para delinquir.
2. Constreñimiento para delinquir.	17. Utilización ilegal de uniformes e insignias.
3. Violación de habitación ajena.	18. Amenazas.
4. Violación ilícita de comunicaciones.	19. Instigación a delinquir.
5. Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas.	20. Incendios.
6. Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial;	21. Perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial.
7. Utilización ilícita de redes de comunicaciones;	22. Tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos.
8. Violación de la libertad de trabajo.	23. Fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
9. Injuria.	24. Fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.
10. Calumnia.	25. Perturbación de certamen democrático.
11. Injuria y calumnia indirectas.	26. Constreñimiento al sufragante.
12. Daño en bien ajeno.	27. Fraude al sufragante.
13. Falsedad personal.	28. Fraude en inscripción de cédulas.
14. Falsedad material de particular en documento público.	29. Corrupción al sufragante.
15. Obtención de documento público falso.	30. Voto fraudulento.
	31. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.
	32. Violencia contra servidor público.
	33. Fuga.
	34. Espionaje.

El criterio restrictivo, excluye las conductas o crímenes internacionales conforme a lo determinado en el Estatuto de Roma, en consecuencia no serán amnistiables los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y graves crímenes de guerra (Acuerdo del Teatro Colón, 2016, pág. 150). Tampoco son amnistiables las conductas que se configuren en delitos comunes, pero que carezcan de relación con la rebelión o cuyo propósito sea el beneficio personal. Finalmente, el párrafo del art. 23 excluye de manera específica

- 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.
- El reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma.
- Sentencias penales en firme que hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente

Adicional a los delitos reseñados, la ley prevé que la Sala de Amnistías e Indultos pueda conceder este beneficio sobre delitos que cumplan con los criterios de conexidad determinados por el art. 23 de la norma bajo estudio.

2.4.1.2. Amnistía de iure. La amnistía de iure, o de pleno derecho, procede sobre los delitos políticos o conexos antes señalados. El procedimiento para su aplicación se detalla en el art. 19 de la norma bajo estudio, el cual se presenta de manera resumida en la tabla No. 6, y es regulado por el Decreto 277 de 17 de febrero de 2017, donde se estipula que el trámite de amnistía tiene carácter preferente en los Despachos donde se tramite la solicitud y presenta los formatos de actas de compromiso que deben ser firmadas por los beneficiarios de esta medida. Además, detalla los procedimientos que se deben seguir en cada caso concreto, diferenciando entre las personas privadas de la libertad por procedimientos de Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004 y Ley 1098 de 2006.

Tabla 6. Implementación de amnistías de iure (art. 19 Ley 1820 de 2016)

Implementación de amnistías de iure (art. 19 Ley 1820 de 2016)						
Destinatario	Situación jurídica	Delitos	Funcionario responsable	Actuación	Momento	Efectos
Integrante de FARC en ZVTN* o campamentos	Sin procesos en curso y sin condenas	Políticos o conexos (arts. 15 y 16)	Presidente	Acto administrativo	Salida de ZVTN* o campamento	Extinción de la acción penal
	Con procesos en curso		Fiscalía General de la Nación ante Juez de conocimiento	Preclusión de la investigación	<ul style="list-style-type: none"> ✓ 10 días, a partir de la vigencia de la ley; y ✓ Proceso de dejación de armas, culminado; y ✓ Acta de compromiso, suscita 	
Integrante de FARC	Condenados		Juez de Ejecución de Penas competente	Providencia judicial		

*ZVTN: Zonas Veredales Transitorias de Normalización.

Igualmente, este Decreto plantea el derrotero a seguir cuando se trate de delitos amnistiables, delitos no amnistiables y cuando el receptor del beneficio se halle inmerso en un concurso de conductas que incluyan ambas categorías. En los casos que de manera injustificada no se conceda la amnistía de iure, el interesado puede interponer la acción constitucional de habeas corpus, conforme a los lineamientos de la normatividad vigente³¹, según lo regulado por el Decreto 700 de 02 de mayo de 2017.

2.4.1.3. Sala de Amnistía e Indulto. Se encarga del tratamiento de las conductas punibles sobre las que no procede la amnistía de iure, en un término de tres meses contados a partir de la solicitud de amnistía presentada por quien haya concluido el proceso de dejación de armas (art. 21 Ley 1820). Está facultada para determinar la conexidad entre aquellos delitos comunes que se cometieron en función de la rebelión y el delito político de (art. 8 Ley 1820).

La Sala concederá la amnistía sobre delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del Acuerdo del Teatro Colón y sobre las conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas. Este beneficio es otorgado a quien cumpla con los criterios de conexidad ya mencionados y alguno de los requisitos exigidos por la amnistía de iure (art. 22 Ley 1820). La tabla No. 7 explica el ámbito de aplicación personal cuando la amnistía se concede de iure y cuando es concedida por la Sala de Amnistías e Indultos.

³¹ La acción constitucional de habeas corpus está consagrada en el art. 30 de la Constitución Colombiana, y su trámite es desarrollado por la ley 1095 de 2006. Concede a los jueces el término de 36 horas, a partir del momento de su solicitud, para resolver la petición de habeas corpus.

Tabla 7. **Ámbito de Aplicación Personal de Amnistías**

Ámbito de Aplicación Personal de Amnistías		
criterio	De iure	Sala de amnistía e indulto
Aplicación	Desde la entrada en vigencia de la ley 1820 de 2016	
Delitos	Delitos conexos al político, cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz.	Delitos conexos al político, cometidos antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz. Conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.
Personas	Personas nacionales colombianas y extranjeras	
Calidad	Autores o partícipes	
Grado	Tentativa o consumación	
Requisitos que debe cumplir el interesado para acceder a la amnistía	TODOS	ALGUNO DE ELLOS
	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP, o ➤ Ser Integrante de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP, o ➤ Que la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en esta ley, o ➤ Que sea o haya sido investigado, procesado o condenado por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fuere investigado o procesado por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al Fiscal o Juez de Ejecución de Penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior. 	

Estas disposiciones parecen dar un poder desmedido a la Sala de Amnistía e Indulto, pues queda a su libre arbitrio decretar sobre qué delitos procede la conexidad o qué conductas se consideran ‘estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas’, debido a ello, los

integrantes de esta Sala deben ser personas íntegras que realicen su trabajo conforme los fines del proceso de transición y eviten la impunidad.

Ahora bien, la parte final del numeral 4 del art. 22 de la Ley de Amnistía requiere del interesado la solicitud ante Fiscal o Juez de Ejecución de Penas competente la aplicación de la amnistía, tal como se prevé en el caso de las amnistías de iure (art. 17). Esta disposición tiene sentido en los parámetros del art. 17, pero genera confusión en los lineamientos de la solicitud ante la Sala de Amnistías e Indultos, toda vez que no es claro si la solicitud ante Fiscal o Juez de Ejecución de Penas competente es un requisito de procedibilidad para presentar la solicitud ante esta Sala, o si simplemente se trata un error de transcripción cometido al momento de la redacción de la ley.

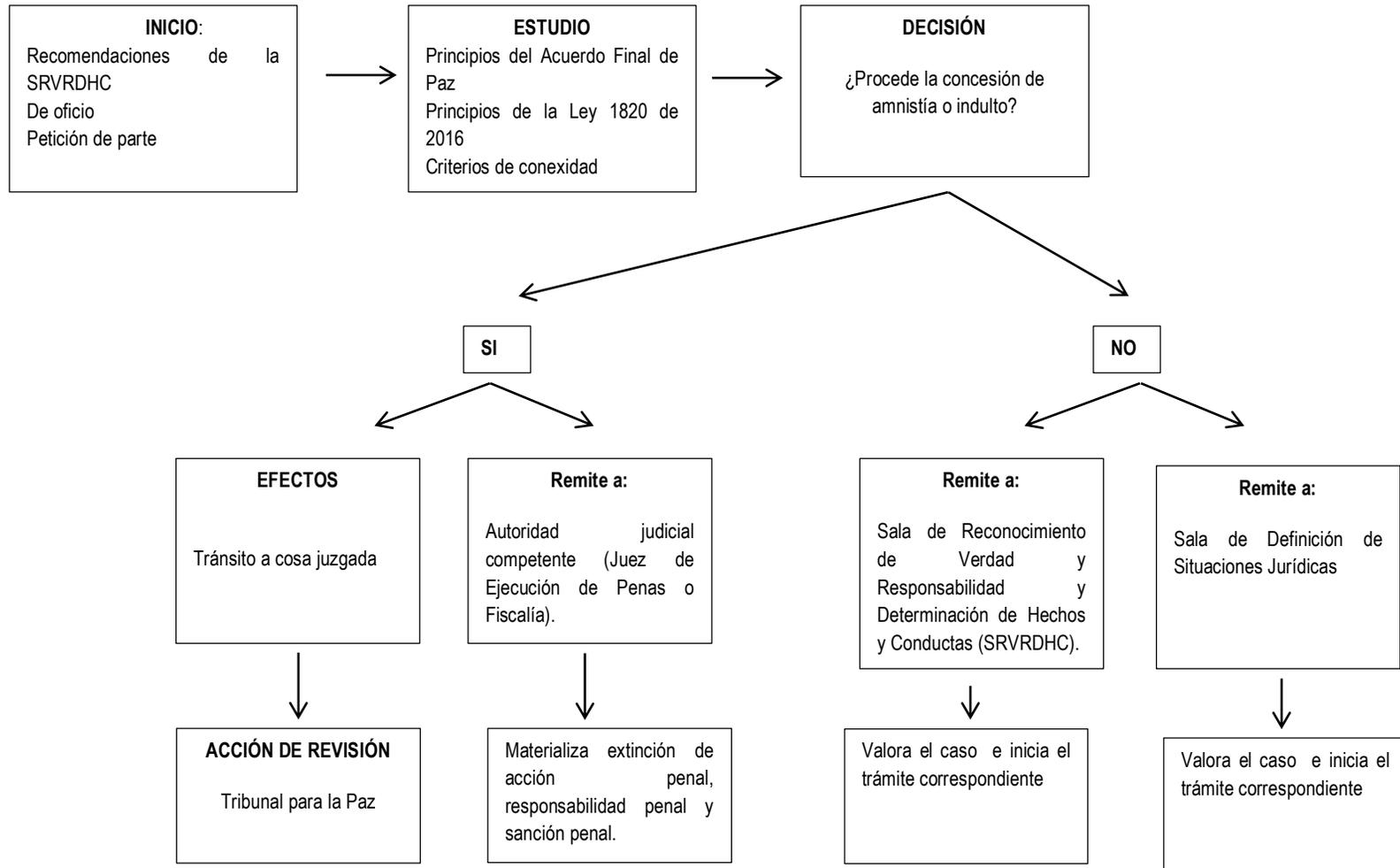
El art. 24 de la norma en estudio presenta un listado de delitos que pueden ser amnistiados o indultados por la Sala, cuando hayan sido cometidos en el marco de disturbios públicos o ejercicio de protesta social y cumplan con los criterios de conexidad al delito político³².

El trámite ante la Sala de Amnistías e Indultos, se llevará a cabo conforme los principios del Acuerdo del Teatro Colón y ajustados a los criterios de conexidad fijados en el art. 23 de la Ley de Amnistías. El proceso ante esta Sala se detalla en la ilustración No. 2.

³² Estos delitos son: (1) Lesiones personales con incapacidad menor a 30 días; (2) Daño en bien ajeno; (3) Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; (4) Obstrucción a vías públicas que afecte el orden público; (5) Disparo de arma de fuego; (6) Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; (7) Violencia contra servidor público; (8) Perturbación de actos oficiales; y (9) Asonada

Ilustración 2. Procedimiento ante la Sala de Amnistías o/e Indultos. Art. 25 Ley de Amnistía

Procedimiento ante la Sala de Amnistías o/e Indultos. Art. 25 Ley de Amnistía



2.4.1.4. Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Esta Sala tiene como función definir la situación jurídica de las personas que han accedido a la JEP, especialmente determina quiénes son dignos de amnistía o indulto, cuyos casos serán remitidos a la Sala pertinente, y a quiénes se les exigirá responsabilidad ante el Tribunal para la Paz al no ser merecedores de tal beneficio.

Cuenta, entre otras facultades, con autonomía para organizar las tareas que le son propias para su funcionamiento, y adoptar criterios de selección y descongestión, para lo cual podrá también tener en cuenta las observaciones de las víctimas” (art. 28#7 Ley 1820). Esta última expresión permite inferir que es facultativo de la Sala tener o no en cuenta las observaciones que presente las víctimas en cuanto los criterios de selección y descongestión de sus casos, lo cual puede atentar contra los derechos de las víctimas si estos criterios no son previamente definidos de manera rigurosa. Las funciones de esta Sala se sintetizan en la Tabla No. 8.

La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tiene competencia sobre integrantes de las FARC-EP conforme a los listados emitidos por esa organización, sobre quienes sean perseguidos penalmente por delitos propios de protestas o disturbios³³, y sobre personas investigadas, procesadas o condenadas por delitos políticos o conexos por colaboración con el grupo rebelde pero que no admitan ser parte de este.

³³ Artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días), 265 (daño en bien ajeno), 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial), 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público), 356A (disparo de arma de fuego), 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), 429 (violencia contra servidor público), 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano.

Tabla 8. Funciones de Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

Funciones de Sala de Definición de Situaciones Jurídicas
1. Definir el tratamiento que debe darse sobre las sentencias impuestas por la justicia ordinaria.
2. Determinar los posibles mecanismos procesales de selección y priorización para quienes no reconozcan verdad y responsabilidad, en concordancia con el principio de celeridad procesal.
3. Efectuar la calificación de la relación de la conducta con el conflicto armado y toma medidas para las personas a quienes no les fue concedida la amnistía o el indulto
4. A petición de parte, define la situación de las personas que no hacen parte de una organización rebelde, pero están siendo investigadas por conductas que sean de competencia de la JEP ³⁴ .
5. Decidir sobre la renuncia de la acción penal de quienes no hayan tenido una “participación determinante en los casos más graves y representativos”, y de aquellos que resulten responsables de delitos no amniables cometidos siendo menores de edad conforme con lo establecido en los principios adoptados por la ONU en el Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados de los Derechos del Niño en el cual se reconoce la mayoría de edad después de los 18 años.

Sobre el último punto, es necesario señalar que ni la ley ni los Decretos que la reglamentan explican qué significa ‘participación determinante’ ni cuál es el criterio para determinar los ‘casos más graves y significativos’ dejando estas categorías en el limbo jurídico pues no hay los lineamientos claros que permitan establecer en qué orden deben juzgarse los delitos cometidos.

El procedimiento ante esta Sala se explica en la Ilustración No. 3. y sus decisiones se profieren mediante Resoluciones, las cuales se adecuarán a la etapa procesal en que se encuentre el proceso del compareciente. Así, la Sala puede resolver i.) renunciar a la persecución penal, ii.)

³⁴ En este caso particular la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas remitirá el proceso a la Sala competente según las circunstancias específicas del solicitante o determina la renuncia al ejercicio de la acción penal o disciplinaria.

cesar procedimiento, iii.) suspender la ejecución de la pena, iv.) extinguir la responsabilidad por cumplimiento de la sanción contemplada en el Acuerdo del Teatro Colón, o, v.) proferir otras resoluciones necesarias para definir la situación jurídica.

2.4.1.5. Régimen de Libertades. La concesión de amnistías y la renuncia a la persecución penal significa dejar en libertad de manera inmediata al beneficiado de esta medida (art. 34), previa suscripción de acta de compromiso ante la Secretaría de la JEP³⁵. Condiciones que también operan para aquellas personas procesadas por delitos sobre los que no procede amnistía de iure, pero han estado privados de la libertad por más de cinco años.

De otro lado, sobre quienes no procede amnistía de iure y han estado privados de la libertad por menos de cinco años, serán trasladados a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, una vez que los miembros de las FARC-EP en proceso de dejación de armas se hayan concentrado en ellas, donde permanecerán privadas de la libertad en las condiciones establecidas en el numeral 7 del artículo 2o del Decreto 4151 de 2011, hasta tanto entre en funcionamiento la JEP, momento en cual quedarán en libertad condicional a disposición de esta, siempre y cuando hayan suscrito el acta de compromiso. El procedimiento para acceder al beneficio de libertad condicional también se aplica a las personas privadas de la libertad por delitos cometidos en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos³⁶ y se explica en la Ilustración No. 4.

³⁵ Acta de compromiso. La suscripción de esta acta es un requisito indispensable para acceder al beneficio de libertad. Está regulada en el art. 36 de la ley 1820 de 2016, en ella, el beneficiario de la libertad se compromete a informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización de la Jurisdicción Especial para la Paz.

³⁶ El Decreto 277 de 2017 reglamenta el procedimiento para acceder a los beneficio de amnistía de iure y de libertad condicional en todos los casos señalados, especificando el proceder cuando se trate de procesos llevados bajo la ley 600 de 2000, 906 de 2004 y 1098 de 2006 y conforme con las situaciones específicas de los procesados.

Ilustración 3. Procedimiento ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

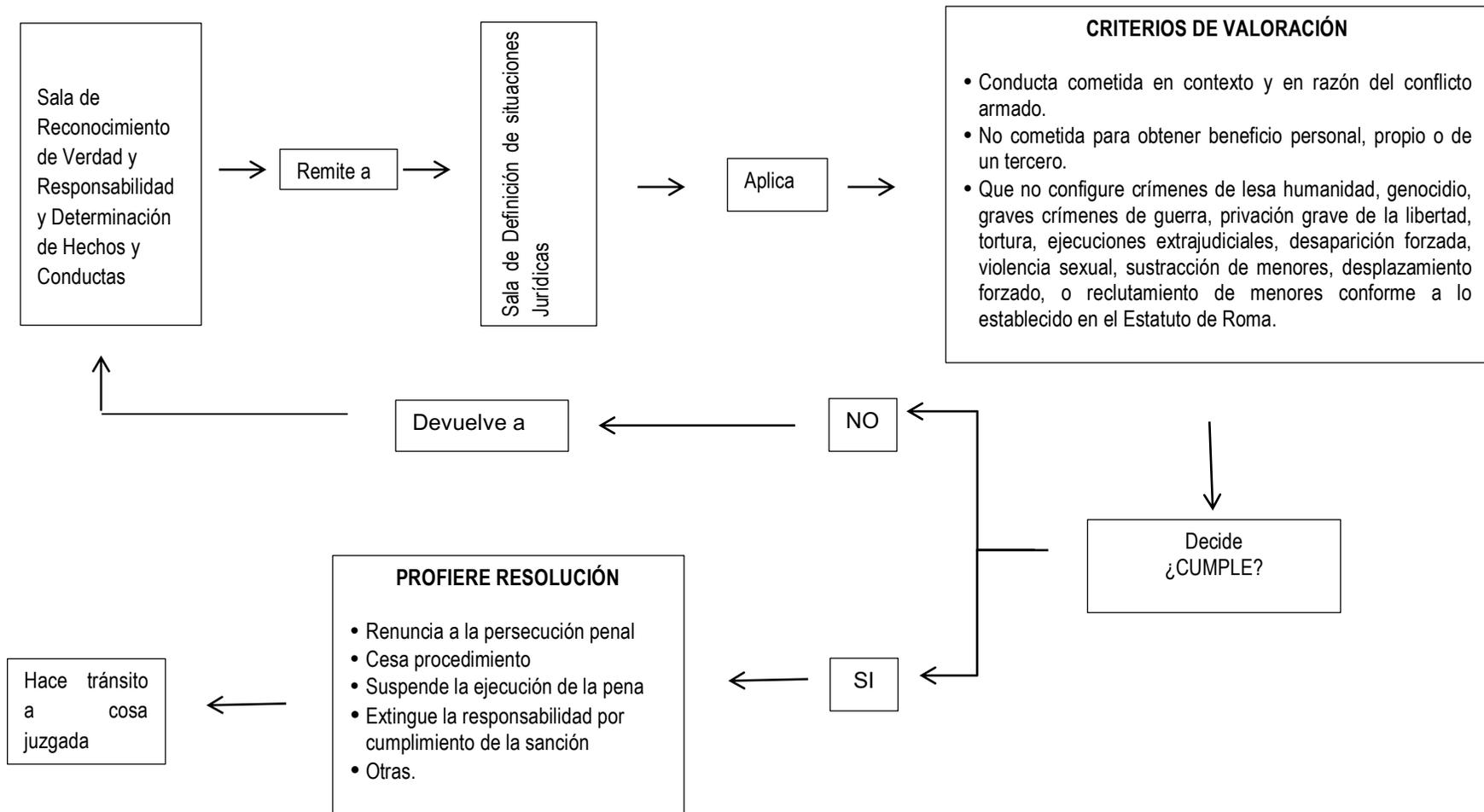
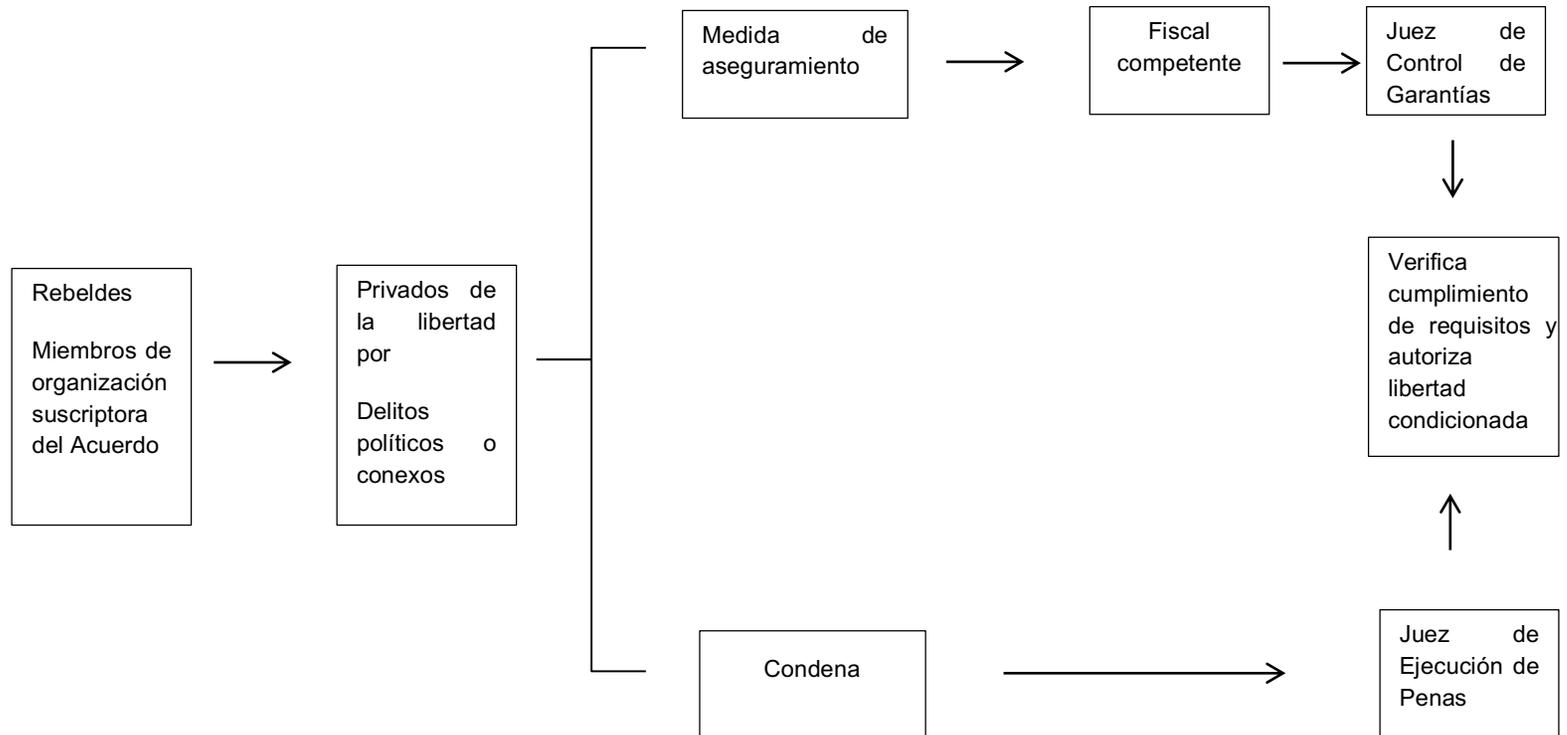


Ilustración 4. Procedimiento de libertad condicional

2.4.1.6. Tratamiento Penal Especial, Simétrico, Simultáneo, Equilibrado y Equitativo para Agentes del Estado. Se aplica a la Fuerza Pública (art. 9 Ley 1820), son medidas jurídicas aplicables a agentes del Estado que hayan sido condenados o estén siendo investigados por conductas punibles cometidas en desarrollo o con ocasión, con relación directa o indirecta con el conflicto armado. Específicamente la norma estipula la renuncia a la persecución penal, la libertad transitoria y la privación de la libertad en Unidad Militar o Policial como mecanismos de tratamiento especial diferenciado para los agentes del Estado.

En términos de la JEP, son agentes del Estado las personas

(..) que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como Miembro de las Corporaciones Públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus Entidades Descentralizadas Territorialmente y por Servicios, que hayan participado en el diseño o ejecución de conductas delictivas, relacionadas directa o indirectamente con el conflicto armado. (art. transitorio 17 A.L. 01 de 2017)

2.4.1.6.1. Renuncia a la Persecución Penal. La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas es competente para conceder a los agentes del Estado la renuncia a la persecución penal, la cual extingue la acción penal, la responsabilidad penal y la sanción penal, en los mismos términos y efectos que para los miembros de organizaciones rebeldes, ello sin desconocer los derechos de las víctimas y la necesidad de satisfacer los mandatos del Sistema Integral de Verdad Justicia Reconciliación y No Repetición. En este caso, la renuncia a la persecución penal:

- a. Hace tránsito a cosa juzgada material y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz, impidiendo de este modo que se inicien nuevos procesos por estas conductas

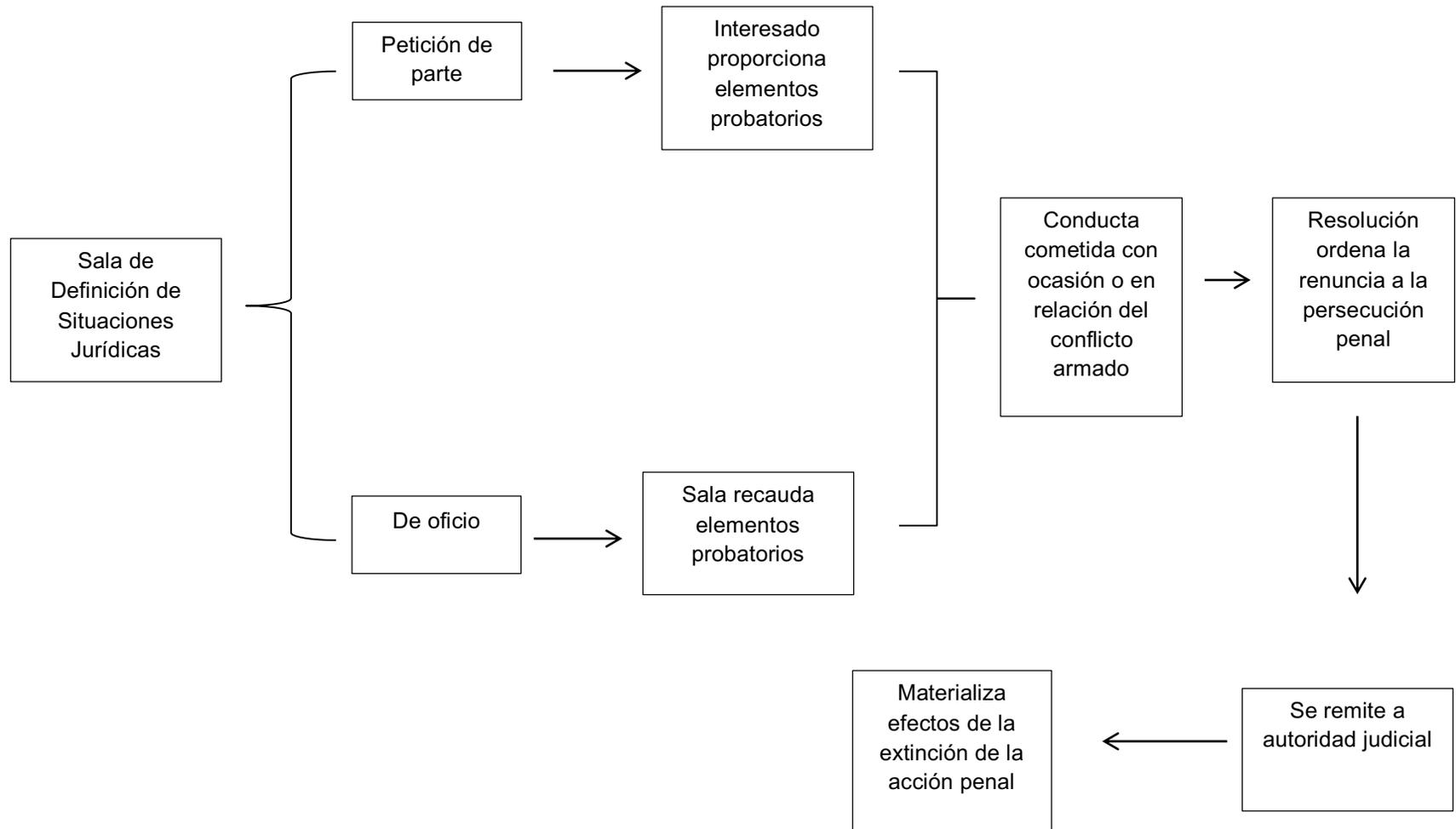
- b. Elimina los antecedentes penales de la base de datos y anula o extingue la responsabilidad o la sanción disciplinaria, fiscal o administrativa derivada de la conducta penal
- c. Impide el ejercicio de la acción de repetición y del llamamiento en garantía contra los agentes del Estado.

No obstante, el art. 46 deja claro que este tratamiento especial excluye a los agentes del Estado cuando la conducta investigada

1. Configure delito de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.
2. Sean delitos que no fueron cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.
3. Sean delitos contra el servicio, la disciplina, los intereses de la Fuerza Pública, el honor y la seguridad de la Fuerza Pública, contemplados en el Código Penal Militar.

El procedimiento para acceder a este beneficio se explica en la Ilustración 5. Contra las decisiones proferidas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas procede el recurso de reposición ante la misma Sala y el de apelación ante la Sección de Apelaciones del Tribunal para la Paz en efecto devolutivo, solo a petición del destinatario, dejando por fuera la posibilidad de que las víctimas de su accionar se opongan a la decisión de la Sala.

Ilustración 5. Procedimiento de Extinción de Acción Penal como Tratamiento Diferenciado



2.4.1.6.2. *Libertad transitoria, condicionada y anticipada.* Opera para los agentes del Estado que estando detenidos o condenados se sometan voluntariamente a la JEP, con el fin de beneficiarse del mecanismo de renuncia de la persecución penal. Esto no significa la resolución definitiva de la situación jurídica del beneficiario, quien aún debe acatar lo decidido en el marco de esta Jurisdicción. Este beneficio implica el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones³⁷ para quienes tengan investigaciones en curso por delitos con una pena mínima privativa de la libertad inferior a 5 años³⁸.

Los requisitos que deben cumplir los agentes del Estado que deseen acceder a este beneficio son

1. Estar condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.
2. Que no se trate de 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, salvo que el beneficiario haya estado privado de la libertad

³⁷ Esta medida no aplica en los casos de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir, crímenes de lesa humanidad, graves crímenes de guerra, genocidio, violencia sexual, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, tortura, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores, y demás delitos reseñados en el art. 46 de la Ley de Amnistías

³⁸ Esto en consonancia con el art. 52#2 de la Ley de amnistías que estipula que ningún caso los condenados o sancionados serán reintegrados al servicio activo o quienes estén siendo investigaos por delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años.

un tiempo igual o superior a cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz.

3. Solicitar o aceptar libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz.
4. Comprometerse a que una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, a la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.
5. Suscribir acta de obligaciones, dejando constancia expresa de la autoridad judicial que conoce la causa penal, del estado del proceso, del delito y del radicado de la actuación, y en la cual manifieste tal compromiso así como la obligación de informar todo cambio de residencia, no salir del país sin previa autorización de la misma y quedar a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Cuando se incumplan los compromisos acordados en el acta, la autoridad que adoptó la decisión de conceder el beneficio lo revocará e impondrá medida de aseguramiento privativa de la libertad. Para ello, la responsabilidad de la supervisión del cumplimiento de estos requisitos recae sobre los directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios donde estaba recluso el beneficiario de la medida, hasta que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas determine lo de su competencia. El procedimiento para acceder a este tratamiento diferenciado se explica en la Ilustración No.

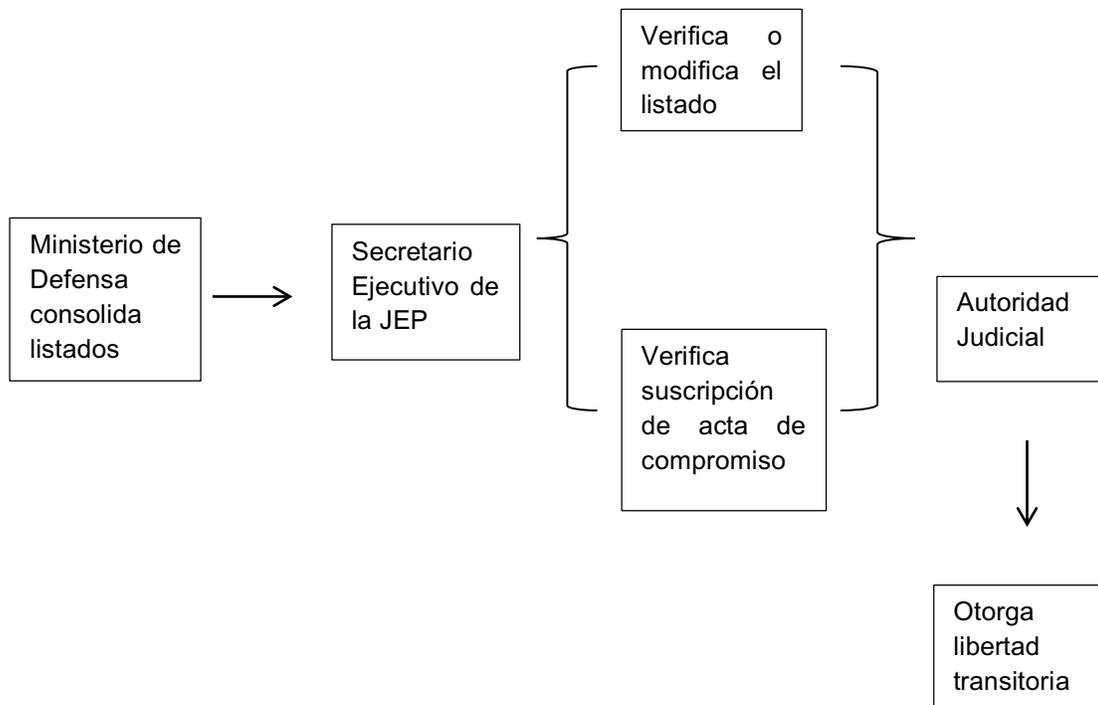


Ilustración 6. Procedimiento de libertad transitoria como Tratamiento Diferenciado

El papel concedido por la ley 1820 al funcionario judicial pareciera ser operacional, pero el Decreto 706 de 03 de mayo de 2017, encargado de reglamentar esta norma, dispone que la suspensión de órdenes de captura, revocatoria y suspensión de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, están a cargo de autoridad judicial, previa solicitud de Fiscalía General de la Nación y verificación del cumplimiento de requisitos. Cuando se trate de asuntos penales sujetos al trámite contemplado en la ley 600 de 2000, el Fiscal Delegado que adelante la investigación tomará las medidas necesarias para suspender las órdenes de captura, revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento preventivo. En caso de que se decrete el beneficio, el interesado debe firmar acta de compromiso ante autoridad que emitió la medida objeto de suspensión.

2.4.1.6.3. Privación de la Libertad en Unidad Militar o Policial. Este tratamiento aplica para integrantes de fuerzas militares y policiales detenidos o condenados que acepten o soliciten de manera libre y voluntaria ante el Secretario Ejecutivo de la JEP su sometimiento a esta jurisdicción. La concesión de este beneficio no implica sin embargo, la definición jurídica definitiva en el marco de la JEP. El procedimiento para acceder a este tratamiento diferenciado se presenta en la Ilustración No. 7, y supone que el integrante de las Fuerzas Militares o Policiales debe haber estado privado de la libertad por un término inferior a 5 años y además

1. Estar condenado o estar siendo procesado por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.
2. Debe tratarse de 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.
3. Comprometerse a contribuir a la verdad, a la no repetición, la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, una vez este entre a funcionar.

Este beneficio se pierde en caso de que el beneficiario incumpla con alguna de las obligaciones contraídas en el acta de compromiso o desatienda su condición de privado de

la libertad. Para ello, son los Directores de los Centros de Reclusión Militar o Policial los llamados a efectuar la supervisión del cumplimiento de estas medidas, o en su defecto el Comandante de la Unidad Militar o Policial donde vayan a continuar privados de la libertad los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales.

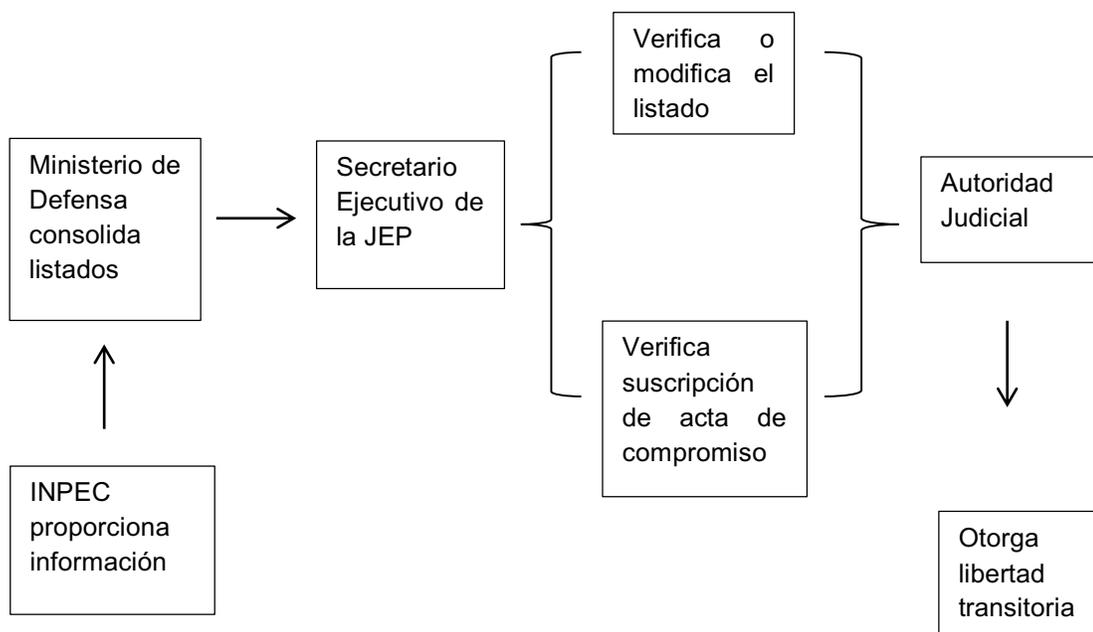


Ilustración 7. Procedimiento Privación de la Libertad en Unidad Militar o Policial

2.4.1.7. Críticas a la ley de Amnistías. La comunidad defensora de derechos humanos y las víctimas, ha observado que la ley de amnistías no da mayores garantías de reparación de derechos a las víctimas (Colprensa / El País, 2017). Además, se ha planteado que la ley de amnistías

- (a) hace referencia a figuras delictivas que no tienen un correlato explícito en el derecho colombiano;
- (b) utiliza categorías legales imprecisas y vagas que se prestan a abusos;
- (c) sólo excluye explícitamente de amnistías a ciertos crímenes de guerra;

y (d) invoca un estándar insuficiente sobre el delito de “reclutamiento de menores” (Vivanco, 2016).³⁹

En esencia se considera que en los mecanismos de libertad condicional consagrada en la norma, no hay garantías reales de comparecencia ante la justicia. Además, la ley de amnistías incluye categorías legales imprecisas, tales como ‘ejecuciones extrajudiciales’, ‘sustracción de menores’, ‘crímenes de guerra’ o ‘crímenes de lesa humanidad’, las cuales no se hallan contempladas en la normatividad penal colombiana (Vivanco, 2016). La norma tampoco esclarece el alcance de categorías legales propias del derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario, por ejemplo ‘otras formas de violencia sexual’ y ‘privación grave de la libertad’ (Vivanco, 2016).

La ley explica que “se entenderá por “grave crimen de guerra” toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática” (inciso final del párrafo art. 23 Ley de Amnistías). Lo anterior genera vacíos que permitirían conceder amnistía a perpetradores de crímenes graves que no se realizaron de forma sistemática. También se nota que las Salas de Amnistías e Indulto y de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP tienen poder ilimitado en cuanto a la concesión de beneficios, pues queda al arbitrio de estas Salas el reconocimiento de conexidad con el delito político en cada caso (art. 8 Ley de Amnistía).

Aunado a lo anterior, se nota que la ley de amnistías aplica diversos criterios para determinar quién es menor de edad. En efecto, para castigar el delito de reclutamiento de

³⁹ En el momento de hacer las críticas presentadas por Human Righ Watch la ley de amnistías estaba en etapa de discusión en el Congreso, razón por la cual las objeciones presentadas se hacen al proyecto de ley 001 de 2016, el cual se convirtió en la ley en la ley 1820 de 2017, ley de amnistías.

menores aplica los lineamientos del Estatuto de Roma que tipifica como crimen de guerra el reclutamiento de menores de 15 años. Pero en el procesamiento de crímenes cometidos por combatientes menores de edad, se recurre a los criterios de edad señalados por la ONU en el Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados de los Derechos del Niño en el cual se reconoce la mayoría de edad después de los 18 años. Entonces, los menores entre 15 y 18 años no son considerados como niños al momento de ser reclutados pero sí devengan este tratamiento al ser juzgados.

2.4.2. Acto Legislativo 01 de 04 de abril de 2017. Tiene como prerrogativa la justicia restaurativa para atender las necesidades y restaurar la dignidad de las víctimas, prevé un enfoque integral que pretende garantizar la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido. Para la JEP se contempla “un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica” (art. transitorio 5). También se le otorga competencia para administrar justicia sobre 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, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos” (art. transitorio 5).

Respecto de la sanción penal, el Acto Legislativo se pronuncia en los arts. 11, 13 y 25. El art. 11 contempla la sustitución de la sanción penal proferida por la justicia ordinaria, facultando a la Sala de Revisión del Tribunal para la Paz para imponer sanciones propias o alternativas de la JEP, cuando el condenado cumpla con las exigencias de reparación y satisfacción de los derechos de las víctimas y reconozca verdad completa, detallada y exhaustiva. El art. 13 explica que todas las sanciones impuestas por la JEP tienen como

finalidad satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz, pues las sanciones al interior de esta jurisdicción deben tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado.

El art. 25 dispone que en el caso de miembros de la Fuerza Pública, las sanciones tendrán un contenido reparador y otro de restricción de libertades y derechos, las cuales han de cumplirse en los establecimientos previstos en el régimen penitenciario y carcelario establecido para ellos, conforme al principio de tratamiento diferenciado. Además se permite la concesión de subrogados penales o beneficios adicionales a quien cumpla con requisitos de resocialización.⁴⁰

En el estudio de exequibilidad realizado por la Corte Constitucional y resuelto dentro del expediente RPZ-003-Sentencia C/17 se declaró la exequibilidad general del Acto Legislativo excepto algunos artículos y expresiones declarados inexecutable.⁴¹

⁴⁰ La resocialización de la que trata el presente Acto Legislativo se da a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez puesto en libertad (art. transitorio 25).

⁴¹ La sentencia C-17 de 14 de noviembre de 2017 declaró INEXEQUIBLES el inciso sexto del artículo transitorio 5º del artículo 1º; la expresión “remisión que se efectuará en el momento que se considere adecuado por la JEP, después de haber realizado las verificaciones pertinentes”, contenida en el párrafo 1º del artículo transitorio 5º del artículo 1º; la expresión “Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, éstos participarán en los debates de la Sección en la que se hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho de voto”, contenida en el inciso 2º del artículo transitorio 7º del artículo 1º; la expresión “Cuando se requiera la intervención de los juristas extranjeros, éstos participarán en los debates de la Sala en la que hubiera requerido su intervención, en las mismas condiciones que los magistrados, pero sin derecho de voto”, contenida en el inciso 3º del artículo transitorio 7º del artículo 1º; La expresión “de conformidad con las siguientes reglas:”, contenida en el inciso 3º del artículo transitorio 8º del artículo 1º; el inciso 4º del artículo transitorio 8º del artículo 1º; el inciso 5º del artículo transitorio 8º del artículo 1º, con excepción de la expresión “Las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional”, que se declara EXEQUIBLE; el artículo transitorio 9º del artículo 1º; las expresiones “a solicitud de alguno de los magistrados de la sección que conozca del caso” y “que el magistrado establezca”, contenidas en el inciso 2º del

Específicamente sobre el tema de la sanción penal, la Corte determinó que el incumplimiento por parte de cualquiera de los excombatientes a las condiciones del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición a las sanciones impuestas tendrán como consecuencia la pérdida de los beneficios o tratamientos diferenciados propios de la JEP. Además, el incumplimiento de las condiciones propias del Sistema conlleva a que el proceso sea remitido a la jurisdicción ordinaria, quedando sujeto a las condiciones sustantivas y procesales de la misma.

La sentencia de constitucionalidad también dispone que tanto la garantía constitucional del juez natural como los fueros constitucionales deben ser respetados, especialmente el fuero presidencial, por lo que al momento de la investigación se deben respetar los procedimientos ya establecidos en la ley ordinaria. A este tenor, la Corte encontró que es inconstitucional el acceso forzoso de terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública a la JEP, pues hacerlo atentaría contra la garantía del juez constitucional y el principio de legalidad al no satisfacer las garantías procesales de independencia e imparcialidad. Ello no abre la puerta a la impunidad en caso de terceros y agentes del Estado no miembros de la fuerza pública, puesto que la no comparecencia voluntaria ante la JEP da paso al régimen penal ordinario.

Además, la sentencia determina que las condiciones para acogerse a la JEP deben regularse por el legislador. Esta sentencia también permite la intervención de la

artículo transitorio 12° del artículo 1°; la expresión “Una comisión integrada por un magistrado de cada sala y un magistrado de cada Sección del Tribunal para la Paz que será elegida conforme al reglamento de la JEP, adoptará las medidas disciplinarias que correspondan conforme a la ley.”, contenida en el primer inciso del artículo transitorio 14° del artículo 1°; los incisos 2° y 3° del artículo transitorio 16° del artículo 1°.

Procuraduría General de la Nación a través de sus delegados en los procesos ante la JEP, pues la Corte consideró que “su participación en los procesos constituye una garantía central e imprescindible para la protección de los derechos de las víctimas” (expediente RPZ-003-Sentencia C/17, pág. 24).

Respecto de la sanción, la Corte dictaminó que la JEP impondrá las sanciones por los crímenes internacionales más graves, que sean compatibles con los fines del derecho internacional, sin que se produzca impunidad. En consecuencia la sanción impuesta debe obedecer al análisis de cada caso particular y cumplir con los fines apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Lo anterior debido a que de una “adecuada reparación a las víctimas dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos fundamentales, de un sistema riguroso de verificación por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz y de si su compatibilidad con actividades políticas, no frustra el objeto y fin de la sanción” (Expediente RPZ-003-Sentencia C/17, pág. 28).

Sobre este punto, la Fiscal de la C.P.I. en escrito *amicus curiae* manifestó que las penas impuestas al interior de la justicia doméstica debe estar en concordancia con los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma, esto es, poner fin a la impunidad. En este escenario, es admisible la implementación de sanciones penales efectivas de distintos tipos que cumplan con tales objetivos “como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de otras conductas criminales” (Bensouda, 2017, pág. 20).

Así mismo, la Fiscal considera que la suspensión total de la pena es improcedente en la lucha contra la impunidad, pues contraría una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia. Sin embargo, un proceso de justicia transicional sí permite la implementación de penas atenuadas siempre y cuando se satisfagan las condiciones que la justifiquen “como el reconocimiento de responsabilidad penal, las garantías de no repetición, y la participación plena en mecanismos para establecer la verdad, entre otros” (Bensouda, 2017, pág. 21).

Para la representante de esta entidad, la sanción penal es efectiva en tanto repare a las víctimas y cumpla con los objetivos de la pena, los cuales dependen de la limitación efectiva a los derechos y libertades de los condenados, aunado a un riguroso sistema de verificación (Bensouda, 2017).

En todo caso, la imposición de la sanción penal y sus beneficios deben ser abordados caso por caso atendiendo a las circunstancias particulares de la comisión del crimen y personales del perpetrador de la conducta de manera que se cumplan, no solo los fines de la pena, sino los fines del proceso de justicia transicional entendiendo éste no solo como un mecanismo de tratar con el pasado, sino un proceso que sienta las bases para construir el futuro.

2.4.3. Unidad de Investigación y Acusación. Este órgano se encarga de satisfacer “el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad” (art. 79, Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP). Esta tarea la desempeña al adelantar el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal para la Paz respecto a todas las conductas competencia de la JEP, es decir, los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno (art. 71, Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP). Sus funciones se detallan en el art. 79 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP, y esencialmente, son:

- a. Investigar y acusar ante el Tribunal para la Paz a las personas cuyos casos le hayan sido remitidos por alguna de las Salas o por la Sección de revisión del Tribunal para la Paz.
- b. Decidir las medidas de protección aplicables en el transcurso de la investigación.
- c. Solicitar medidas de aseguramiento y cautelares para garantizar el buen fin del proceso.
- d. Organizar sus propias tareas.
- e. Remitir casos a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o a la Sala de Amnistía e Indulto, cuando encuentre que no hay mérito para continuar con la investigación.
- f. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. Efectuando el control posterior respectivo para determinar su validez.
- g. Asegurar la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios, mientras se ejerce su contradicción.
- h. Dirigir las funciones de policía judicial.

2.4.4. Tribunal para la Paz. Esta corporación está conformada por 20 magistrados, divididos en dos secciones de primera instancia, una sección de revisión de sentencias, una sección de apelación y una de estabilidad y eficacia, además puede consultar con 4 juristas extranjeros (art. Transitorio 7 del Acto Legislativo 001 de 2017). Las funciones de estas Secciones se presentan en la siguiente tabla

Tabla 9. Competencia del Tribunal para la Paz

Competencia del Tribunal para la Paz		
Ítem	Sección	Competencia
1	Sección de primera instancia en caso de reconocimiento de Verdad y responsabilidad.	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluar la correspondencia entre las conductas reconocidas, los responsables de las mismas y las sanciones a partir de la resolución proferida por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y determinación de los hechos. • Verificar que la resolución se corresponde con las descripciones jurídicas de las conductas reconocidas que no podrán ser objeto de amnistía e indulto ni exclusión de la responsabilidad penal. • Verificar el cumplimiento de las condiciones de contribución a la verdad y reparación en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. • Imponer sanción del Listado de sanciones, atendiendo la propuesta de sanción incluida en la Resolución de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. • Fijar las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción. • Supervisar y certificar el cumplimiento efectivo de su sentencia con el apoyo de los órganos y mecanismos de monitoreo y verificación.
2	Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de Verdad y responsabilidad.	<ul style="list-style-type: none"> • Celebrar juicios contradictorios y proferir sentencias absolutorias o condenatorias. • En caso de condenas, imponer sanciones ordinarias o alternativas, según corresponda.
3	Sección de revisión de sentencias	<ul style="list-style-type: none"> • Revisar las proferidas por la justicia, cuando el condenado se adhiera a las exigencias de la JEP y previo concepto favorable de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. • A petición del sancionado, recibir los casos ya juzgados por órganos jurisdiccionales o sancionados por la Procuraduría o la Contraloría, siempre que no vayan a ser objeto de amnistía o indulto. • Ejercer cualquier otra función establecida expresamente en esta ley.
4	Sección de Apelación	<ul style="list-style-type: none"> • Decide sobre las impugnaciones de las sentencias proferidas por cualquiera de las secciones de primera instancia.

2.5. Sanción Penal Incorporada en el Acuerdo

Las sanciones impuestas al interior de la JEP tienen una función restaurativa y reparadora del daño causado, su finalidad esencial es satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. El quantum y la forma de purgarla fue acordado por las partes en el desarrollo del proceso de negociación sobre el punto de justicia.

Las sentencias y resoluciones que la impongan deben contener de manera precisa el contenido de la sanción, su lugar de ejecución, y las condiciones y efectos de las sanciones por los delitos no amnistiados (art. 127 del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la JEP).

La dosificación de estas sanciones se hace teniendo en cuenta el grado de verdad otorgado por la persona, la gravedad de la conducta sancionada, el nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad, y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición (art. 130 Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP).

Estas actividades deben realizarse de manera personal y directa por quienes se sometan a la competencia de la JEP, quienes solicitarán al Tribunal tener en cuenta las obras realizadas al momento de imponer la Sentencia. Para que la solicitud sea despachada de manera favorable, en términos del art. 131 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Administración de Justicia de la JEP, la labor realizada debe

- a) Haber reparado a las víctimas o haber tenido un impacto restaurador,

- b) Estar acreditada por los mecanismos de verificación acordados por las partes para cada actividad, y
- c) Ser compatible con el listado de sanciones.

Estos mismos términos aplican para el caso de miembros de la Fuerza Pública, excepto que esta verificación la hará la Secretaría Ejecutiva de la JEP. Es de aclarar que esta disposición contraviene lo reglamentado en el parágrafo del art. 128 del mismo Proyecto de Ley, donde se determina que los responsables de realizar esta verificación son la Sección de Primera Instancia del Tribunal, el Mecanismo Internacional de Verificación y Monitoreo y el Ministerio de Defensa, lo cual genera sobre quién recae la obligación de realizar tal verificación.

En los términos del punto 5.1.2 #. 60 del Acuerdo del Teatro Colón las sanciones que podrán imponer los jueces que integren el Tribunal son de tres clases: sanciones propias, alternativas y ordinarias.

2.5.1. Sanciones propias.

Las sanciones propias son de naturaleza restaurativa y reparadora, y se impondrán a aquellos excombatientes que reconozcan su responsabilidad y aporten verdad exhaustiva, detallada y plena ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, tienen un término mínimo de cinco años y máximo de ocho, excepto cuando se trate de concurso de conductas pues en este caso la sanción a imponer siempre será de ocho años. Estas sanciones comprenden restricción efectiva de la libertades y derechos, los cuales han de verificarse a través de mecanismos idóneos de monitoreo que garanticen el cumplimiento de la sanción impuesta por el Tribunal.

Durante el término de su condena los comparecientes ante la Sala de reconocimiento de Verdad y Responsabilidad podrán presentar un proyecto detallado sobre obras o actividades tendientes a reparar y restaurar, previa consulta con los representantes de las víctimas y su posterior aprobación por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, a fin de que estos no sean incompatibles con las políticas públicas del Estado, ni las costumbres culturales y étnicas de la zona rural y/o urbana donde pretendan desarrollarse. Cuando el compareciente no presente dicho proyecto, este será formulado por la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.

La JEP es la encargada de establecer las condiciones necesarias que aseguren el cumplimiento de esta sanción, las cuales no son entendidas como cárcel, prisión, ni ninguna medida equivalente. Es por esto que los Magistrados han de fijar de forma específica el lugar de residencia de la persona que cumplirá la sanción, determinado por el lugar donde ha de desarrollarse el proyecto, y el espacio territorial donde ha de ejecutarse, espacio cuyo tamaño máximo no ha de ser mayor al de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización. También se ha de establecer los horarios en los que se dará cumplimiento a las sanciones restaurativas.

Atendiendo a los criterios diferenciales, la residencia de los miembros de la Fuerza Pública se establecerá en Unidades Militares o Policiales cercanas al lugar donde ha de cumplirse la sanción durante los días que esta se cumpla. De su lado, los miembros de comunidades indígenas cumplirán la restricción de la libertad en sus territorios ancestrales.

Ahora bien, la sentencia que imponga las sanciones debe definir la forma en que cada una de estas ha de pagarse, ya sea durante un período definido de tiempo o por

resultado alcanzado (art. 133 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Administración de la JEP). El art. 133 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Administración de la JEP, presenta una lista de posibles programas en los que el interesado puede participar o ejecutar directamente, los cuales se sintetizan en la Ilustración No. 8.

Actividades, obras y trabajos conforme art. 133 del Proyecto de Ley Estatutaria	
Zona	Programa
Rural.	Reparación efectiva para los campesinos desplazados.
	Protección medio ambiental de zonas de reserva.
	Construcción y reparación de Infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.
	Desarrollo rural.
	Eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello.
	Mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas.
	Sustitución de cultivos de uso ilícito.
	Recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.
	Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito.
	Alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares.
Urbana.	Construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.
	Desarrollo urbano.
	Acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento.
Limpieza y erradicación de restos explosivos	Alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares.
	Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municiones sin explotar.
	Limpieza y erradicación de Minas antipersona y artefactos explosivos improvisados.

Ilustración 8. Actividades, obras y trabajos conforme art. 133 del Proyecto de Ley Estatutaria

2.5.2. Sanciones alternativas.

El segundo tipo de sanción contemplado en el Acuerdo son las sanciones alternativas, las cuales tienen una función netamente retributiva, y son aplicables a quienes reconozcan la Verdad y Responsabilidades antes de dictarse sentencia de primera instancia. En los casos que el Tribunal considere justificadas las razones por las cuales la persona no compareció oportunamente ante la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, podrá graduar la naturaleza de la sanción. Este tipo de sanción incluye la privación efectiva de la libertad en instituciones como cárcel o prisión.

El término de estas sanciones es de mínimo cinco años y máximo ocho de pena privativa de la libertad y para acceder a este beneficio se requerirá que el destinatario se comprometa a contribuir con su resocialización a través de trabajo, capacitación y estudio durante el tiempo que se esté privado de la libertad y promover actividades orientadas a la no repetición. Las normas de procedimiento establecerán de qué manera se graduarán estas sanciones, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y el grado de su reconocimiento de verdad, responsabilidad y de colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. Por prohibición expresa del acuerdo no serán aplicables los subrogados penales, ni rebajas de penas a los condenados bajo esta figura.

El Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP (en adelante el Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP), consagra la posibilidad de imponer una pena mínima de dos años y máximo cinco a quienes ‘no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas’ (art. 122). Sin embargo, el mentado Proyecto no establece qué se entiende por participación

determinante ni define las conductas más graves y representativas. El procedimiento para acceder a estas sanciones se explica en la Ilustración No. 9

2.5.3. Sanciones ordinarias.

El último tipo de sanciones impuestas por la JEP son las sanciones ordinarias, las cuales serán impuestas a quienes no hagan un reconocimiento de verdad y responsabilidad ni ante la Sala de Reconocimiento y Verdad Histórica ni ante los jueces de la sección de primera instancia del Tribunal antes de que estos dicten sentencia. Estas sanciones incluyen privación efectiva de la libertad como cárcel o prisión.

Estas penas comprenden un término entre quince y veinte años de prisión, comprendiendo los concursos de delitos, frente a casos de graves infracciones al DIH. Permite la aplicación de subrogados penales y beneficios, supeditado al proceso de resocialización a través del trabajo, capacitación y estudio durante el tiempo de su reclusión y a la promoción de actividades orientadas a la no repetición del daño causado una vez liberado. Los lineamientos para la graduación de estas sanciones se dejan a la norma de procedimiento.

Ahora bien, el tiempo que los excombatientes rebeldes permanezcan en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, será descontado de la sanción impuesta siempre que durante este período se realicen trabajos, obras o actividades de contenido reparador. Estas actividades serán tenidas en cuenta como tiempo de cumplimiento de la sanción cuando se realicen en una ubicación territorial definida y verificable por el Secretario General de la JEP y por el Tribunal para la Paz, una vez entre en funcionamiento la JEP. Lo mismo aplica para agentes del Estado privados de la libertad en Unidad Militar o Policial.

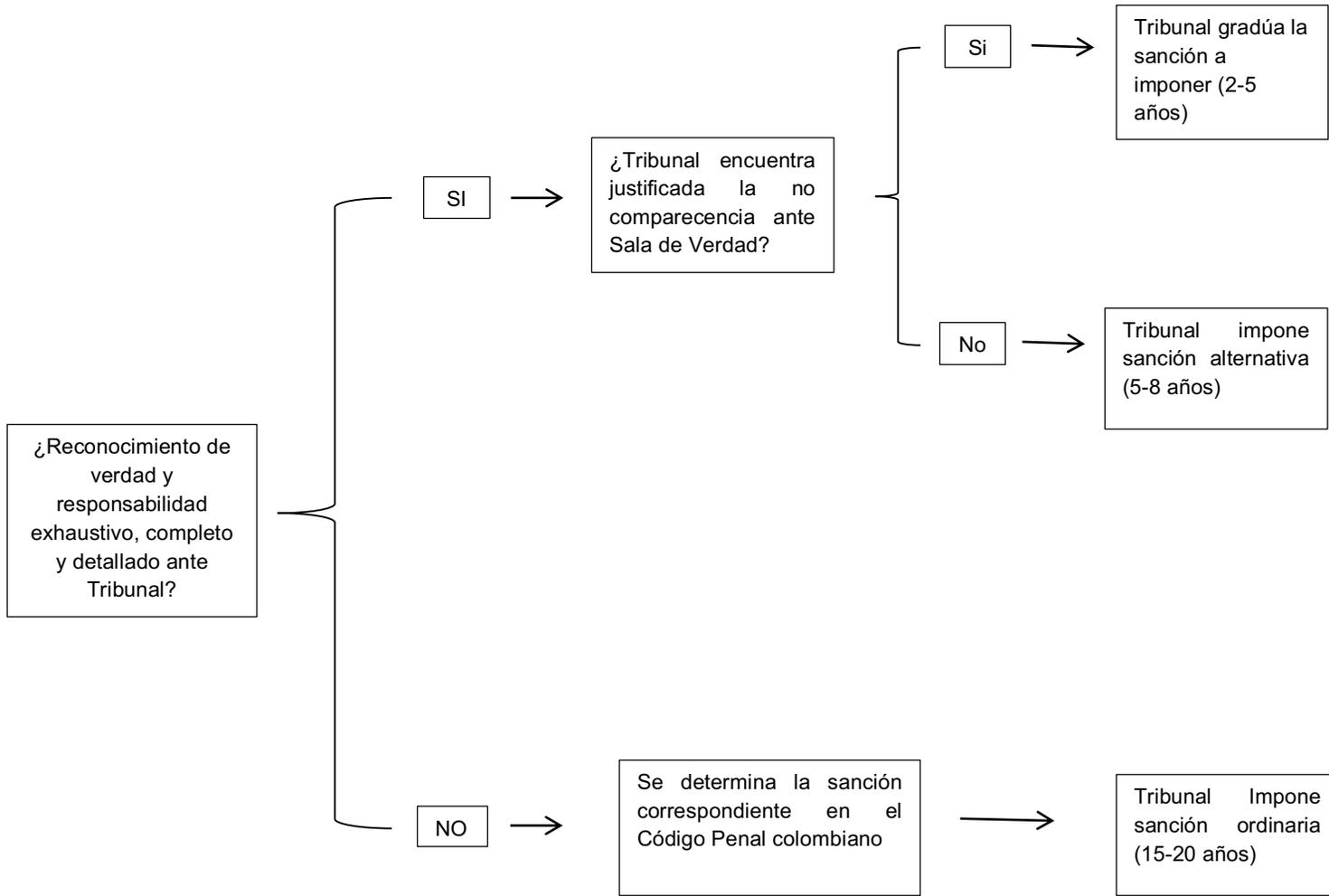


Ilustración 9. Procedimiento en caso de Sanciones Alternativas

2.5.4. Monitoreo y Cumplimiento de la Sanción.

El Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP dispone que la Sección de Primera Instancia del Tribunal realizará la verificación y monitoreo de manera conjunta con el mecanismo internacional que apoye al Tribunal (arts. 82 literal, d y 128), el cual se constituirá como “un componente específico de la Misión Política de verificación de las Naciones Unidas que entrará en funcionamiento una vez concluidas las funciones de la Misión de Naciones Unidas encargada de verificar el cese al fuego bilateral y definitivo” (Acuerdo del Teatro Colón, pág. 166). Este mecanismo está facultado para supervisar las sanciones impuestas por la JEP tanto a rebeldes como a agentes del Estado.

La Sección de Primera Instancia del Tribunal tiene también la facultad de autorizar “los desplazamientos que no estén relacionados con el cumplimiento de la sanción cuando dichos desplazamientos no estén expresamente autorizados en la sentencia” (art. 129 del Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP).

Tratándose de excombatientes pertenecientes a comunidades indígenas, esta verificación se hace en conjunto con las autoridades ancestrales del territorio a través de mecanismos de articulación y colaboración. En el caso de miembros de la Fuerza Pública, este monitoreo puede ser realizado por el Ministerio de Defensa Nacional a través de la dependencia designada para ello (art. 128 Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP).

3. Estándares Internacionales en sanción Penal frente a la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia

3.1. Introducción

Sea lo primero recordar, que no existe un consenso generalizado o estándar internacional sobre el monto de la pena que deben pagar los perpetradores de crímenes de guerra y de lesa humanidad. La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales analizada en esta investigación no presenta lineamientos para dosificar la sanción penal, tampoco muestra unidad de criterios sobre lo que se entiende como penas eficaces, toda vez que las penas impuestas oscilan entre 9 años de reclusión y prisión perpetua.

Aun así, estas Corporaciones Internacionales han alcanzado consenso sobre tres aspectos. El primero, la prohibición de amnistías o indultos sobre graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En segundo lugar, la jurisprudencia analizada ha insistido en la importancia de juicios reales y efectivos que envíen un mensaje disuasivo a posibles infractores futuros. Como tercer punto, estos Tribunales han resaltado la necesidad de imponer penas eficaces sobre perpetradores de estos crímenes, como elemento en la lucha contra la impunidad.

En un proceso de justicia transicional el objetivo primario es la consecución de la paz⁴², entendida como cese de la violencia. Una vez alcanzado este objetivo se busca la reconciliación social, de modo que la paz alcanzada sea sostenible en el tiempo (Malarino, 2009). En consonancia, un proceso de transición debe balancear la relación entre justicia retributiva plena e

⁴² Esta paz es definida a lo largo del texto de manera negativa, como ausencia de guerra o de no violaciones sistemáticas de derechos humanos.

impunidad absoluta, y llegar a un punto conciliatorio entre ambos límites que sea adecuado a las necesidades sociales de la región que está transitando de la guerra hacia la paz.

El Acuerdo del Teatro Colón refleja las circunstancias del actual proceso de paz colombiano. Se trata de una guerra que ninguna de las dos partes en contienda venció, y la parte derrotada fueron los millones de colombianos víctimas del conflicto. Por esta razón, el Acuerdo alcanzado no está referido solamente al tratamiento penal de los combatientes, sino que busca alcanzar una paz sostenible reparando a quienes sufrieron el conflicto sin ser parte activa de él.

Así las cosas, este Acuerdo no establece la concesión de amnistías e indultos totales para crímenes graves, pero atendiendo el poderío militar de las partes, tampoco formula un castigo retributivo absoluto bajo los lineamientos de la justicia penal ordinaria, e insistir en ello solo generaría más violencia. En este caso, la aplicación de un derecho penal atenuado acompañado de verdad, reconocimiento de responsabilidad y reparación del daño causado se presenta como una solución políticamente razonable a una guerra que nadie ganó y puede llevar a obtener una paz y reconciliación nacional estable y duradera.

Lo anterior se da debido a que no parece adecuado tratar de encontrar un equilibrio matemático imposible entre el valor paz y el valor justicia, entendida como punición, pues la paz no puede ceder a las pretensiones del castigo penal, toda vez que “esta imagen *mercantilista*, usual en las discusiones de justicia de transición, es extremadamente peligrosa, pues acepta quiebras de la paz para lograr la punición; para ponerlo de modo brutal: *justifica muertes para obtener castigo*” (Malarino, 2009, pág. 427).

Ahora bien, la exigencia que hace la comunidad internacional sobre individualización, juzgamiento y castigo de los responsables de crímenes de lesa humanidad y de guerra, cometidos

durante el conflicto armado, están formulados en los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional. En síntesis, estos principios abogan por el juzgamiento de presuntos autores de violaciones de graves de derechos humanos y de derecho humanitario, siendo la justicia doméstica o nacional la llamada a llevar a cabo los procesos judiciales. También establecen la importancia de respetar y fomentar el derecho a la verdad, a través de comisiones de la verdad y otros mecanismos equivalentes que den cuenta qué fue lo que pasó durante la violencia, así a las víctimas se les satisface el derecho a saber y a la comunidad el deber de recordar. Finalmente, resaltan la importancia de las víctimas, obligando al Estado a reconocer su situación especial y a garantizar sus derechos al acceso a la administración de justicia y a la reparación (Sersale di Cerisano, 2013).

Atendiendo lo anterior, se revisará el cumplimiento del estándar internacional sobre sanción penal, referida al cumplimiento de los principios de Chicago sobre Justicia Transicional antes señalados, estudiando la observancia del debido proceso dentro de las investigaciones, la prohibición de concesión de amnistías e indultos para graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, el respeto del principio de proporcionalidad de la sanción penal, y la reparación a los derechos de las víctimas contemplados en el Acuerdo del Teatro Colón y las normas que lo desarrollan.

3.2. El debido proceso y el Acuerdo del Teatro Colón

Un Estado de Derecho requiere que se siga la ley y se guarden las formas en todo tipo de procesos, de manera que el cumplimiento de este principio de justicia transicional requiere la implementación de investigaciones judiciales y juicios garantistas, tanto de los derechos del

investigado como de las víctimas⁴³. Esta obligación nace desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 8), y debe ser aplicada de manera seria, imparcial y efectiva en todos los juicios que se adelanten en las jurisdicciones nacionales de los Estados parte de la misma.

El debido proceso es “un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal” (Agudelo, 2005, pág. 90). Es decir, se trata del derecho que le asiste a todas las personas a tener un juicio justo, que esté debidamente reglamentado. Este derecho constitucional está integrado por varias garantías, entre ellas, legalidad del juez y de la audiencia, garantía de defensa y contradicción, y legalidad de la pena o sanción.

Para la Corte IDH, el debido proceso es un derecho complejo y el cimientamiento de otras obligaciones internacionales de los Estados. Puntualmente, este organismo entiende el debido proceso como el

punto esencial de la obligación general de investigar las violaciones de los derechos humanos (artículo 1.1); presenta consecuencias particulares cuando la obligación violada es el derecho a la vida, en el caso de las graves violaciones de los derechos humanos como las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias o los actos de tortura (que viola el derecho a la integridad personal); se lo entiende como parte esencial de la lucha contra la impunidad y, finalmente, ha servido para fundamentar la existencia de un

⁴³ Al respecto, la Corte IDH ha explicado que el derecho al debido proceso configura un medio para alcanzar la solución justa de las controversias, para lo cual se vale de un conjunto de actos que protegen, aseguran o hacen valer la titularidad de un derecho. En suma, se trata del conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales. Sobre el punto se pueden estudiar la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987; Cf. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005.

derecho a la verdad en el marco del Sistema Interamericano. (Coord. Salmón, 2012, págs. 23-24)

3.2.1. Legalidad del juez. Esta garantía procesal está orientada a la existencia de un juez competente, calificado e imparcial que dirija el proceso de manera equilibrada y objetiva. Este sub-principio está vinculado con el concepto de juez natural, que presupone la existencia del juez constituido por la ley y la prohibición de jueces extraordinarios o especiales (Agudelo, 2005).

Mas en contextos de justicia transicional este principio se flexibiliza en beneficio de la paz y la justicia. Ello no contraviene de ningún modo la Constitución ni la ley, pues desde la carta magna se consagra el principio de favorabilidad de la ley penal, que permite aplicar la norma más favorable sobre la restrictiva o desfavorable.

El juez se convierte en director del proceso, uno que ordene, impulse, sanee y que cumpla con la inmediación procesal, a la par que reconoce la participación de los demás sujetos procesales (Agudelo, 2005). Asimismo, el juez ha de ser imparcial, lo que implica “ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa, toda vez que el referido director no debe tener interés en una u otra solución de la controversia que debe resolver” (Agudelo, 2005, pág. 94).

En este sentido, la creación del Tribunal no contraviene el principio de juez natural, pues su existencia se justifica en el contexto de justicia transicional y en la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal. Además, la imparcialidad de sus jueces está vista desde el proceso de selección por el cual pasaron los Magistrados del Tribunal, donde se tuvo en cuenta los antecedentes laborales, académicos y personales de los escogidos, de modo, que el interés que

les lleve a proferir decisiones sea el mantener la paz, ejercer justicia y satisfacer los derechos de las víctimas.

Igualmente, el Tribunal cuenta con independencia judicial y técnica, por lo que sus decisiones deben ser acordes a derecho y según lo probado en la audiencia. En ningún caso deben obedecer a caprichos de grupos de presión o de la opinión pública y tampoco pueden atender a la intromisión de poderes externos o de alguna de las otras ramas del poder público.

Al punto, cabe recordar que en el pronunciamiento proferido dentro del expediente RPZ-003-Sentencia C/17 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 01 y dispuso que tanto la garantía constitucional del juez natural como los fueros constitucionales deben ser respetados, especialmente el fuero presidencial, por lo que al momento de la investigación se deben respetar los procedimientos ya establecidos en la ley ordinaria.

La Alta Corporación encontró que es inconstitucional el acceso forzoso de terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública a la JEP, pues hacerlo atentaría contra la garantía del juez natural y el principio de legalidad al no satisfacer las garantías procesales de independencia e imparcialidad. Lo anterior no implica, sin embargo, que se abra la puerta a la impunidad en caso de estos grupos, toda vez que la no comparecencia voluntaria ante la JEP da paso al régimen penal ordinario.

Esta fue la fórmula implementada en el proceso de paz en Sudáfrica, donde el fin del apartheid señaló la necesidad de conocer la verdad sobre lo sucedido. En consecuencia, se creó una Comisión de Verdad y Reconciliación donde se intercambió verdad por amnistía. La comparecencia ante la Comisión era voluntaria, dejando a merced de la jurisdicción ordinaria a

quienes no acudieran ante esta. A pesar de los avances en materia de reconciliación heredados del proceso de justicia transicional sudafricano, lo cierto es que después de varios años, la justicia ordinaria ha realizado muy pocas condenas y la mayoría de procesos han quedado en la impunidad (Mallinder, 2009). Colombia no puede permitir que los casos de particulares sean dejados en el olvido, pues esto implicaría desconocimiento de derechos de las víctimas.

3.2.2. Legalidad de la audiencia. Debe existir un proceso preestablecido, con reglas sobre cómo han de desarrollarse las audiencias, atendiendo al principio de legalidad de las formas. Indistintamente, debe existir claridad sobre los recursos que se pueden interponer a las decisiones tomadas en el desarrollo del proceso. La igualdad entre las partes la debe garantizar el juez, permitiéndoles participar oportuna y activamente en el procedimiento que les afecta, de modo que no tome ninguna decisión hasta tanto no haya escuchado a las partes y pondere los argumentos y pruebas presentadas por ellas (Agudelo, 2005).

El respeto al derecho a la defensa cobra mayor relevancia en un Estado de derecho, especialmente en uno que pretende marcar la distinción entre el antiguo régimen, que vulnera derechos humanos, y el nuevo, que los protege. De modo que el escuchar al acusado y concederle la oportunidad de contradecir en juicio a sus acusadores es una buena manera de marcar tal diferencia, pues el hecho de que a todos los infractores de la ley, sin importar la gravedad de su crimen, se les garantice una defensa efectiva y técnica es un reflejo de un cambio dentro de la estructura del Estado.

En vista de ello, el Acuerdo del Teatro Colón y las normas que desarrollan la JEP dejan claro los procedimientos al interior de todas de todas las Salas y del Tribunal que integran el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. También contempla el

sistema de defensa jurídica gratuita para los beneficiarios de la JEP que no cuenten con recursos económicos para sufragarse una defensa idónea, y da la posibilidad de acudir a otras instituciones ya existentes con el fin de garantizar que los beneficiarios de la JEP estén siendo debidamente asesorados en protección de sus derechos.

Estos juicios han de realizarse de manera expedita y preferente, tal como lo ha sostenido la Corte IDH al decir que “esta obligación debe asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables” (Sersale di Cerisano, 2013, pág. 128).

3.2.3. Legalidad de la sanción penal. El principio de legalidad implica “que no debe ser castigado ningún delito con pena que no se haya establecido previamente en la ley” (Orduz, 2010, pág. 103). En otras palabras, la sanción penal se debe consignar de manera clara, inequívoca y por qué conducta. En este orden de ideas, la Corte IDH ha explicado que el Estado no puede aplicar una norma posterior que contenga circunstancias desfavorables o agravantes de la conducta, al presunto infractor de la ley penal. Puntualmente en sentencia del 2 de febrero de 2009, proferida en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, donde esta Corporación dispuso

La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva. (Coord. Salmón, 2012, pág. 61)

De otro lado, el principio de favorabilidad se erige como la excepción a esta regla, al permitir la aplicación de una pena posterior e inexistente al momento de la comisión de la conducta punible, siempre y cuando la nueva sanción sea más beneficiosa que la pena existente y esté señalada de forma expresa.

En este principio se apoya la legalidad de la sanción penal en los procesos de justicia transicional, por cuanto permite imponer penas más beneficiosas a las personas que se acojan al sistema judicial implementado con posterioridad, el cual es el caso colombiano. El Acuerdo del Teatro Colón, y las normas que lo desarrollan, señalan los límites sancionatorios y punitivos para las personas que sean juzgados por esa jurisdicción, siendo entre 2 y 20 años, dependiendo cada caso concreto.

En el ámbito internacional, la pena atenuada es procedente en un proceso de justicia transicional, cuando está acompañada de mecanismos reparación y de reconocimiento e interiorización del daño causado por parte del victimario y de la sociedad. Sobre el punto, es oportuno el concepto de la Corte IDH en el Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, donde determinó que

La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención. (2007, pág. 96)

Al punto, es necesario llamar la atención sobre la necesidad de directrices en cuanto a la dosificación de las penas en la ley procesal que continúe con el desarrollo de la JEP, pues en caso de aplicar el sistema de cuartos sancionatorios o punitivos, propios de la justicia penal ordinaria, se deben dar lineamientos que determinen en qué casos procede la aplicación de cada cuarto.

Es necesario especificar el tiempo, modo y lugar en que las acciones realizadas dan cumplimiento al componente restaurativo de la sanción o de la pena, pues este es el elemento que distingue la sanción penal impuesta por la JEP de los procesos llevados en la justicia ordinaria. No se trata solo de hacer un cálculo matemático, sino de encontrar un sentido reparador tanto de las víctimas como de las relaciones sociales rotas durante el conflicto armado.

Adicionalmente, se debe delimitar el papel de las víctimas dentro de los procesos de la JEP, debido a que la naturaleza del proceso de justicia transicional requiere que las víctimas cobren mayor relevancia dentro de las actuaciones, permitiéndoles tener voz en todas las etapas del proceso y que la misma no sea ignorada. Lo anterior se precisa debido a que la ley 1820 de 2016 consagra la posibilidad de que la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas no tenga en cuenta las observaciones que presente las víctimas en cuanto los criterios de selección y descongestión de sus casos (art. 28#7). En consecuencia, la norma procesal debe especificar cuáles son los criterios de selección y priorización o dar directrices para establecerlos, pues esto puede causar malestar entre las personas, cuyos casos sean dejados al final de la selección.

Estas normas también deben llenar vacíos, como la definición de ‘participación determinante’ y el criterio para determinar los ‘casos más graves y significativos’, pues dejar estas categorías en el limbo jurídico no permitiría determinar específicamente qué se juzga,

especialmente en el caso de quienes resulten responsables de delitos no amnistiados cometidos siendo menores de 18 de edad, conforme los principios adoptados por la ONU en el Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados de los Derechos del Niño.

Estas imprecisiones jurídicas y procesales pueden atentar contra los derechos de las víctimas, si estos criterios no son previamente definidos de manera rigurosa en la ley procesal que desarrolle la JEP.

Al final, la seguridad jurídica exige que sea un Juez quien tome la determinación, pero los funcionarios no pueden dejar de lado a las personas que sufrieron realmente el conflicto en sus decisiones.

3.3. Amnistías e Indultos frente al Acuerdo del Teatro Colón

La amnistía significa el perdón del delito, mientras que el indulto supone la condonación de la pena. Es decir, mientras la amnistía extingue todo tipo de responsabilidad, el indulto solo exime al procesado de cumplir la pena. En todo caso, la concesión de amnistías e indultos por graves crímenes de guerra y de lesa humanidad están prohibidos según la tradición jurídica internacional y por el Estatuto de Roma (art. 7-8, Estatuto de Roma). Por esto, es obligación de los Estados investigar, juzgar y sancionar la comisión de estas conductas punibles, so pena de activar la competencia de la C.P.I.

Al respecto, la Corte IDH se ha manifestado en contra de la concesión de este beneficio, toda vez que ha considerado que la falta de investigación, juzgamiento y condenas efectivas de

los autores de graves violaciones de derechos humanos constituye una violación a la Convención y promueve la impunidad y favorece la repetición de violación de derechos humanos⁴⁴.

Idéntico pronunciamiento hizo el vice fiscal de la C.P.I en visita a Colombia⁴⁵, donde explicó que la concesión de amnistías no cuenta con el visto bueno de la Fiscal y dejó claro que aunque el Estatuto de Roma no prevé penas específicas a imponer, sí se espera que estas sanciones sean efectivas, y no meramente formales, por lo que debe existir una condena pública, reconocimiento a las víctimas y prevención de repetición del delito. También señaló que las reducciones de penas, deben ser estudiadas según el caso particular (Universidad del Rosario, 2016).

Simultáneamente, la Fiscal de la CPI ha enfatizado la importancia de ‘una auténtica rendición de cuentas– que por definición incluye sanciones efectivas – en la consolidación de una paz sostenible’ y mostró su agrado en la exclusión de amnistías e indultos a perpetradores de crímenes de lesa humanidad y de guerra, de la misma manera mostraba satisfacción frente al papel de las víctimas ‘y sus legítimas aspiraciones de justicia’ en el proceso ante la jurisdicción especial para la paz, encargado de garantizar la rendición efectiva de cuenta de los “máximos responsables de los crímenes más graves cometidos durante el conflicto armado” (Bensouda, 2016). También expresó esta jurista su preocupación sobre algunos vacíos normativos al interior

⁴⁴ Sobre el punto, las sentencias Cf. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006; Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006

⁴⁵ Pronunciamiento realizado por el vice fiscal de la C.P.I, James Stuart, en su discurso presentado en el Foro: La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional, realizado por la Universidad del Rosario el 13 de mayo de 2015

de la JEP y resaltó la necesidad de mecanismos efectivos de monitoreo de las condiciones de cumplimiento de la sanción.

La verdad sea dicha “para los casos de violaciones masivas de derechos humanos, una fórmula basada exclusivamente en perdones “amnésicos” parece implausible jurídica y políticamente, y ciertamente cuestionable éticamente” (Uprimny & Saffon, 2006, pág. 121). De suerte que la concesión de perdones sobre crímenes atroces debe ser excepcional y proporcional a la gravedad del crimen, el nivel de mando del victimario y sus contribuciones a la justicia, además su concesión debe estar supeditado al reconocimiento de responsabilidad y verdad plena y un serio compromiso de no repetición por parte del perpetrador.

En el caso puntual, el Acuerdo del Teatro Colón contempla la concesión de este beneficio en casos de delitos políticos y conexos a este, y configura la puesta inmediata en libertad del ofensor, que estando privado de la libertad fuere beneficiado de las medidas contemplada en la ley de amnistías (art. 34, Ley 1820 de 2016), previa suscripción de acta de compromiso ante la Secretaría de la JEP⁴⁶. Este beneficio es concedido por la Fiscalía General de la Nación o los Jueces de Ejecución de Penas, según el asunto.

En la JEP, las amnistías se dan de dos clases. La primera, se concede de iure por delitos políticos y conexos. Para ello, la ley 1820 relaciona una lista de conductas que pueden ser consideradas como tal, siempre que estas no hayan sido cometidas en beneficio personal o de un tercero. La segunda clase de amnistías, son concedidas por la Sala de Amnistías e Indultos, que

⁴⁶ Acta de compromiso. La suscripción de esta acta es un requisito indispensable para acceder al beneficio de libertad. Está regulada en el art. 36 de la ley 1820 de 2016, en ella, el beneficiario de la libertad se compromete a informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización de la Jurisdicción Especial para la Paz.

tiene a su cargo el estudio de la conexidad de diversos delitos con el delito político y por ende la concesión de amnistías.

La facultad concedida a la Sala de Amnistías de reconocer la conexidad del delito común con el delito político puede resultar peligrosa y contraproducente al objetivo que persigue el proceso de justicia transicional, especialmente teniendo en cuenta las imprecisiones jurídicas del Acuerdo del Teatro Colón y las normas que lo desarrollan.

Ejemplo de ello es la prohibición de conceder amnistías por ‘las ejecuciones extrajudiciales’ (parágrafo, art. 23, ley 1820). Categoría jurídica que no está tipificada en la norma colombiana, y sin descripción típica no hay delito. En estos casos, lo apropiado sería recurrir al término acuñado por Naciones Unidas en el pronunciamiento realizado en la Resolución 44/162 de diciembre 15 de 1989 según los lineamientos del Anexo de la Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social (ONU, 2013), pero esto tampoco llena el vacío normativo pues este término se refiere a una amplia gama de violaciones del derecho a la vida, que no necesariamente aplican al caso colombiano.

Hasta ahora, estas conductas son juzgadas bajo la figura de homicidio agravado, por lo que debería acudir a esta conducta o precisar adecuadamente qué se entiende por este tipo penal para no recurrir a suplir los vacíos con normas internacionales que no se adecuan al caso y pueden llegar a generar impunidad.

De otro lado, sobre las decisiones proferidas por la Sala de Amnistías no procede recurso alguno (art. 40, Ley 1820 de 2016), solo la eventual revisión por el Tribunal (art. 25, Ley 1820 de 2016). Igualmente, las decisiones tomadas por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas

solo pueden ser recurridas por el destinatario del beneficio y no por otro sujeto dentro del proceso (art. 49, Ley 1820 de 2016).

Es de recordar que para la Corte IDH, las amnistías no pueden ser concedidas en detrimento de los derechos de las víctimas ni en detrimento de la justicia, de modo que

(...) las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello” no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad. (Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, 2012, pág. 286)

La falta de recursos que le den voz a las víctimas dentro del proceso puede resultar contraproducente, toda vez que las víctimas de estos hechos pueden considerar que sus argumentos no son tenidos en cuenta al momento de la toma de decisión por parte de la Sala, pero sentirse impotentes al no tener ningún mecanismo dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición hacia dónde dirigir sus reclamos y hacer valer sus derechos.

3.4. Libertad condicionada, transitoria y anticipada

El Acuerdo del Teatro Colón consagra la concesión de este beneficio a las personas condenadas por delitos sobre los que no procede amnistía de iure, pero han estado privadas de la libertad por más de cinco años, pues de acogerse a la JEP esta sentencia les sería homologada⁴⁷.

En otras palabras, quien haya sido condenado por delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, sustracción de menores, desplazamiento forzado o reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, en el marco y con ocasión del conflicto armado puede acceder al beneficio de libertad condicionada, habiendo pagado cinco años de la pena impuesta por la justicia ordinaria, o cuando se ha cumplido con la mayor sanción alternativa contemplada en el Acuerdo del Teatro Colón, 8 años, (art. 52#2, Ley 1820 de 2016).

Entonces, el tiempo ya purgado en la justicia ordinaria se descuenta de la sanción restrictiva de la libertad imponible por la JEP, lo cual puede devenir peligroso para las víctimas y dar paso a la impunidad si no se implementan mecanismos eficaces de verificación de las actividades restauradoras y de las condiciones de no repetición de la violencia.

3.5. La Sanción Penal en el Acuerdo del Teatro Colón

El hecho de que estándar internacional sobre sanción penal no esté referido a cuantía o monto de la pena, no significa que el Estado pueda promover la impunidad o juicios y sanciones

⁴⁷ Vale decir que este beneficio exige el compromiso de satisfacer los requisitos de descubrimiento de verdad plena y reparación a las víctimas, mediante actividades de reparación que cumplan con los requisitos señalados en el Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP.

ilusorias. En consecuencia, las sanciones contempladas en el Acuerdo del Teatro Colón son viables en tanto estén acompañadas de mecanismos de reparación a las víctimas y ponga fin a la impunidad.

La cantidad de años que se restrinja la libertad de una persona, son inocuos si no hay descubrimiento pleno de verdad y no se brindan canales de reparación que promuevan la no repetición de las conductas punibles y la violencia, pues caso contrario se puede llegar al absurdo de purgar una pena de 40 años de prisión y no alcanzar el objetivo de la paz.

El proceso de paz colombiano pretende que quien se acoja a la JEP tome conciencia del daño causado y el castigo de estas personas se materialice a través de formas de reproche, diferentes del régimen carcelario, que ayuden a sanar las heridas causadas y garantice la no repetición.

3.5.1. Finalidad de la pena en el proceso de paz colombiano. Las Cortes

Internacionales han basado sus sentencias en las nociones de retribución y prevención general, imponiendo penas proporcionales a la gravedad de la ofensa con base al daño causado con el ilícito (Jackson, 2011). De manera que, en la tradición internacional el litmus test es la gravedad de la conducta, desde donde se parte al momento de tasar la pena.

En la tradición colombiana, empero, se castiga a la persona, por lo que al momento de tasar la pena el litmus test es la calidad y la modalidad de la conducta, castigando el grado de participación del individuo en el hecho, de manera que la imposición de un castigo meramente retributivo contraviene los principios de derecho penal colombiano. Además, es prudente recordar que

La función positiva de la prevención general sirve como límite de la intimidación, que de admitirse como único fin de la pena podría acarrear la desproporción de esta y, en última instancia, la ausencia de una diferenciación punitiva entre los distintos delitos. En efecto, si lo que persigue el Estado es intimidar a la población con la amenaza punitiva, sería entonces muy tentador castigar todos los delitos con la misma pena, incluso sin forma alguna de limitación cualitativa. Por el contrario, si para la configuración de la amenaza penal se toman en cuenta, igualmente, los intereses que busca proteger el derecho penal, entonces la pena de cada delito debe diferenciarse al menos cuantitativamente, y estar previamente establecida. Por mencionar un ejemplo, para la sociedad no significa lo mismo la vida de una persona que la propiedad, por lo tanto el homicidio y el hurto no pueden ser castigados de igual forma. (Modolell, 2014, pág. 337)

En este orden de ideas, el pensar que la respuesta se encuentra en la teoría de prevención general, implica que la imposición de un castigo ejemplar sobre actuales criminales debe tener un resultado desalentador sobre futuros posibles infractores. Esta postura presenta un doble problema, de un lado, un escenario de justicia penal absoluta y castigos ejemplares no siempre son deseables o funcionales en un proceso de justicia transicional pues no presenta alicientes necesarios para que una parte no vencida deponga las armas, poniendo así en peligro a los habitantes de una región debido a la insistencia de punición.

De otro lado, esta postura otorga demasiada confianza en los efectos disuasorios de la pena, sobre todo teniendo en cuenta que no existe certeza de que estas medidas ayuden a frenar a otros individuos de cometer el mismo delito (Malarino, 2009). En otras palabras

Crear que un dictador no dará un golpe de Estado o no luchará contra los opositores políticos a los cuales normalmente considera como los causantes de los males de la Tierra por la existencia de un deber de perseguir y sancionar absoluto es confiar demasiado en los efectos disuasivos de la pena. (Malarino, 2009, pág. 425)

Ahora bien, un proceso de justicia transicional tiene como finalidad esencial obtener y conservar la paz, y todas las acciones que se pongan en marcha deben estar en concordancia con este objetivo, pues la consecución de otros objetivos – fin de la impunidad, conocimiento de verdad, garantías de reparación y no repetición, etc.- están supeditados a que las condiciones de paz estén garantizadas (Malarino, 2009).

En este punto, cabe aclarar que pena y justicia no son sinónimos, especialmente en procesos de justicia transicional, donde se requiere una nueva perspectiva de justicia que articule mecanismos punitivos y restaurativos que reparen el vínculo social roto y permitan el retorno del individuo a la sociedad y al Estado de Derecho. En efecto, en este tipo de procesos cobra mayor relevancia el trascender los conceptos clásicos de fines de la pena, toda vez que la necesidad de paz se sobrepone a la necesidad de punición, pero nunca se puede sobreponer a la necesidad de justicia, pues sin esta la paz es efímera.

Atendiendo a la necesidad de encontrar otras maneras de punición que estén acordes con el objetivo de alcanzar y sostener la paz, se puede pensar en la teoría de la rehabilitación, la cual centra el castigo en las necesidades del individuo que cometió la conducta criminal y la sentencia impone un castigo que considere necesario para evitar que el individuo cometa nuevos delitos en el futuro (Jackson, 2011).

También se puede considerar el enfoque de la teoría del castigo social, el cual supone que la única manera de evitar la criminalidad es que la sociedad los prevenga activamente, por lo que la sentencia debe reflejar la necesidad de proteger a la sociedad a través del conocimiento científico de la personalidad del delincuente y la aplicación de estrategias destinadas específicamente a neutralizar este actuar criminal (Jackson, 2011).

Como se muestra, estas ideas llevan algún tiempo entre la comunidad académica y permite imponer castigos que se aproximen más a lo justo que la simple reclusión carcelaria acostumbrada, especialmente porque “un deber de punición a ultranza puede provocar en muchas ocasiones, como correctamente fue advertido, el efecto contrario al buscado” (Malarino, 2009, pág. 425).

3.5.2. Justicia retributiva complementaria de justicia restaurativa. El derecho penal y la consolidación de la paz y la democracia no van necesariamente de la mano. De hecho, la implementación de ley penal atiende al fracaso en la práctica de otras medidas menos lesivas de derechos fundamentales que permitan garantizar la paz, convirtiendo la pena en “un instrumento subsidiario y de segundo orden para el logro de este objetivo” (Malarino, 2009, pág. 424).

En el caso colombiano, la gravedad de los crímenes cometidos por las partes en el conflicto no permite que la justicia retributiva del ‘ojo por ojo’ prospere, pues ésta no se presenta como un escenario deseable para que los combatientes depongan las armas y cese la violencia. En consecuencia, es necesario buscar mecanismos alternativos que permitan consolidar la paz, entre ellos la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa se presenta como opción para que se dé el tránsito de la guerra a la paz, ya que permiten restablecer las relaciones rotas con el punible.

No obstante, no es aconsejable para el caso colombiano adherirse exclusivamente a medidas restaurativas por cuanto estas no satisfacen de manera adecuada las necesidades de la sociedad colombiana ni de la internacional, pues los crímenes de guerra y de lesa humanidad exigen un mínimo de castigo como forma de reproche de la conducta.

El castigo dentro de un proceso de justicia transicional no es necesariamente opuesto a la reconstrucción de las relaciones sociales, en tanto no se confunda con la venganza y se encause hacia la reconciliación nacional. De hecho, el castigo transmite el mensaje de que la violación de derechos humanos conlleva serias consecuencias, de manera que se protejan estos derechos a la par que se asegura la garantía de no repetición, que es el objetivo final de todo proceso transicional. Al respecto, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon argumentan

En efecto, por muy diversas razones, resulta inapropiado conceptualmente equiparar castigo y venganza, dadas las características de impersonalidad, proporcionalidad e individualidad propias del primero y ausentes en la segunda, y dadas las disímiles finalidades que uno y otro cumplen: retribución, reparación y verdad el castigo, y simple retaliación la segunda. Así, el castigo no tiene únicamente un carácter retributivo, pues promueve, a través del juzgamiento de los victimarios, los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad. Pero además, es fundamental reconocer que, en ciertos contextos, el carácter retributivo del castigo tiene una gran potencialidad (incluso superior a aquella del perdón y el olvido) para alcanzar la reconciliación y para fundar sobre sí las bases de un orden democrático estable. (Uprimny & Saffon, 2006, pág. 128)

De modo que el castigo, visto más allá de la venganza, tiene el potencial de permitir a las víctimas cerrar un ciclo de duelo y estar más dispuestas a reconciliarse con sus agresores al saber

que estos han sido castigados, caso contrario, las medidas exclusivamente restaurativas parecen exigir demasiado a las víctimas quienes deben olvidar la afrenta sin obtener ningún reconocimiento sobre lo sucedido, y además deben sentarse en la misma mesa de sus ofensores (Uprimny & Saffon, 2006).

En este orden de ideas, dentro del actual proceso de justicia transicional se debe hallar un punto equitativo donde la sanción penal se articule con programas de reparación, que alcance dos objetivos que permitan garantizar la no repetición por parte de los excombatientes, primero, la reparación del daño causado, y segundo, la toma de conciencia de la maldad ocasionada y sus consecuencias. Si ello no se hace, se puede iniciar un proceso de deserción y retoma de la violencia como único mecanismo de subsistencia conocido por las partes, lo cual generaría más violencia y menoscabaría la consecución de paz estable y duradera.

Esta propuesta se presenta en el Proyecto de Ley, donde se propone la implementación de un régimen de sanciones propias y alternativas que articulan el cumplimiento de restricción efectiva de la libertad y el desarrollo de actividades por parte del beneficiario de estas sanciones, donde se realizan acciones de reparación a las víctimas y se promueva el reconocimiento del daño causado y de reinserción social por parte del perpetrador de las conductas.

El Acuerdo y las normas que lo desarrollan contemplan la realización de juicios públicos, los cuales permiten la sociedad colombiana conocer las causas y el desarrollo de la guerra, de modo que se entienda su participación, por activa o pasiva, en el transcurso de la misma y se acreciente el compromiso de no repetición y de acoger al antiguo infractor de la ley como un miembro más de la sociedad.

A pesar de las garantías de la JEP, en el análisis de las normas que la reglamentan se encuentran discrepancias que se deben resolver, en orden de realizar una correcta administración de justicia y de imposición de la sanción. Principalmente, es necesario establecer la manera de dosificación de la sanción penal y de las actividades de reparación, en especial en los casos de concurso de conductas punibles⁴⁸, y así conocer si se aplicará una actividad de reparación por cada conducta por la que se haya reconocido responsabilidad o si una sola actividad agrupará todos los delitos cometidos, y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que estas deben desarrollarse.

Además, es necesario esclarecer cual es la pena imponible en los concursos de conductas punibles, debido a que mientras el Acuerdo del Teatro Colón contiene la imposibilidad de imponer sanción inferior a ocho años, el art. 119 del Proyecto de Ley consagra la posibilidad de imponer una sanción de cinco. Ello, puede generar confusión al juzgador, y posible sentimiento de impunidad entre las víctimas y la comunidad en general.

En suma, un proceso de justicia transicional que articule mecanismos de justicia retributiva y restaurativa persigue la reconciliación y restablecimiento de derechos de las víctimas, por ello la sanción penal no debe ser entendida solamente como recluir a una persona en un centro de internamiento carcelario, sino que debe cumplir una función social que permita la reintegración del individuo productivo a la sociedad, que entienda el daño que causó y, en la medida de lo posible, lo repare.

⁴⁸ Concurso de conductas punibles. Se refiere cuando una persona ha cometido varios delitos de la misma o diversa naturaleza. Por ejemplo, una persona pudo haber cometido homicidios, porte o tráfico de armas de fuego, hurtos agravados, desplazamiento, etc. Con ocasión del conflicto.

3.6. La C.P.I. y el Acuerdo del Teatro Colón

La C.P.I. ha sido mostrada por algunos abanderados políticos como el organismo último mediante el cual se puede alcanzar justicia en el caso colombiano, pero sobre la intervención de esta corporación hay que recordar varios aspectos.

1. La competencia de la CPI no se activa porque el monto de la pena sea insuficiente.

El estatuto de Roma establece el tope máximo al cual puede llegar la pena (prisión perpetua), pero no determina las penas mínimas que se deben imponer ni explica sobre qué delitos (art. 77, Estatuto de Roma). Además, este instrumento internacional previene que estas penas solo son aplicables en la instancia internacional, pero no afectan “la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional” (art. 80, Estatuto de Roma). De modo que las penas consagradas por el Estatuto solo cobran aplicabilidad en las instancias de la CPI y no en el Estado parte, ello sin descuidar sus obligaciones en materia de derechos humanos, que garanticen que las sentencias impuestas no sean ilusorias (Seils, 2015).

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado que cuando exista incompatibilidad entre lo contenido en el Estatuto de Roma y la Constitución Colombiana, se da paso a un ‘tratamiento diferenciado’ el cual solo es aplicable en el ámbito competencia de la C.P.I, cuando ella asuma competencia en virtud del principio de complementariedad (Sentencia C-578, 2002). Sobre la sanción impuesta en los procesos en la JEP, la Corte Constitucional dictaminó

La Jurisdicción Especial para la Paz deberá determinar que las sanciones por los crímenes internacionales más graves, en el marco de las condiciones fijadas en el A.L. 01

de 2017, sean compatibles con los fines del derecho internacional, sin que se produzca impunidad. En este contexto, dicha Jurisdicción deberá establecer, caso por caso, sanciones que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Así mismo, dicha Jurisdicción deberá determinar si las sanciones son compatibles con una intención genuina de que la persona condenada responda ante la justicia, ponderando la proporcionalidad de la sanción en relación con la gravedad del crimen, el grado de responsabilidad del autor, y el tipo y grado de restricción a la libertad. En últimas, una adecuada reparación a las víctimas dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos fundamentales, de un sistema riguroso de verificación por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz y de si su compatibilidad con actividades políticas, no frustra el objeto y fin de la sanción (Expediente RPZ-003-Sentencia C/17, pág. 27-28).

Sobre este punto, la Fiscal de la C.P.I. manifestó que las penas impuestas al interior de la justicia doméstica, debe estar en concordancia con los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma, esto es, poner fin a la impunidad. Además, considera la jurista, que la sanción penal es efectiva en tanto repare a las víctimas y cumpla con los objetivos de la pena, los cuales dependen de la limitación efectiva a los derechos y libertades de los condenados, aunado a un riguroso sistema de verificación (Bensouda, 2017).

Entonces, la competencia de la C.P.I. no se activa porque las penas sean insuficientes, sino que está supeditada a la falta de interés o capacidad del Estado de investigar, juzgar y castigar los crímenes cometidos, o cuando los juicios se presenten ilusorios. En el primer caso, el compromiso del Estado colombiano al castigo de estos crímenes, le ha llevado a la creación de un nuevo Tribunal, de Salas especiales y Unidad de Investigación que aseguren la investigación

de los responsables de estas conductas. En caso de los juicios ilusorios, estos solo se conocerán una vez se profiera sentencia, no antes.

2. La C.P.I. no tiene competencia sobre todos los crímenes de lesa humanidad y de guerra dentro del conflicto colombiano.

La competencia de la C.P.I. rige a partir del 01 de noviembre de 2002, fecha en la que entró en vigor el Estatuto de Roma. En el particular caso colombiano, la competencia de la C.P.I. rige para crímenes de lesa humanidad cometidos a partir de esta fecha y crímenes de guerra realizados desde 01 de noviembre de 2009, atendiendo a la cláusula de transición acogida por Colombia, que concede a los Estado siete años, partir de la entrada en vigencia del Estatuto, para que adecúe su norma interna a lo tipificado por éste (art. 124, Estatuto de Roma). En vista de ello, casos como la masacre de Bojayá no podrían ser juzgados por esta Corporación, pues su comisión ocurrió antes de la entrada en vigencia de su competencia.

3. Respeto por el Principio de non bis ibídem.

La C.P.I. no es instancia dentro de los procesos penales en Colombia y no se puede apelar las decisiones tomadas al interior de la justicia ordinaria o transicional ante esta Corporación, sino que es necesario iniciar un nuevo proceso desde cero, cumpliendo todas las garantías procesales.

En este punto, es pertinente traer a colación el principio *non bis ibídem* o la prohibición de doble juicio por el mismo hecho se muestra relevante, pues esta garantía fundamental no puede ser desconocida con tanta facilidad. De manera que los juicios al interior de la JEP deben ser abiertamente ilusorios para que active la competencia de la C.P.I.

4. ¿Qué tan efectiva o reparadora es la pena impuesta por la C.P.I?

La sentencia proferida por la C.P.I. contra el señor Thomas Lubanga Dyilo, impuso una pena de prisión de 14 años, por crímenes de guerra y de lesa humanidad, entre ellos de reclutamiento de menores. En este caso, el condenado no reveló verdad plena de lo ocurrido ni realizó acciones de reparación, dejando a varias familias sin conocer el paradero de sus familiares durante la época de la violencia y un país destruido y empobrecido durante su dictadura (Modolell, 2014).

Vale la pena preguntarse si esta pena impuesta por el Organismo Internacional puede garantizar a las víctimas la satisfacción de sus derechos, y si una pena de prisión de 14 años va lograr una paz sostenible en el país.

Tal vez una sanción de restricción efectiva de la libertad de cinco a ocho años no se presenta como una opción tan despreciable, si los sentenciados ofrecen verdad plena y reparación a las víctimas, pues la justicia conseguida en la instancia internacional no va a garantizar verdad, reparación y garantías de no repetición a las víctimas.

4. Conclusiones

La evidencia analizada en esta investigación demuestra que paz y justicia no son necesariamente valores opuestos. Por el contrario, es imposible pensar en paz sin un mínimo de justicia. En contraste con lo anterior, paz y punición pueden encontrarse en caminos separados dentro de un proceso de justicia transicional, especialmente cuando la exigencia de cárcel para los ofensores impera sobre la necesidad de convivencia tranquila.

Los estándares internacionales sobre sanción penal están referidos a una serie de principios, fines y valores que deben ser tenidos en cuenta durante el proceso de justicia transicional, pero no señalan un monto de la pena específico o las condiciones en las que esta se debe purgar. Ejemplo de ello, son los casos de los Tribunales Internacionales para Ruanda y Yugoslavia, donde las penas previstas para castigar crímenes de lesa humanidad oscilaban de 3 años a prisión perpetua, y crímenes de guerra (para el caso de Yugoslavia) con penas de entre 2 y 20 años. A pesar de este amplio margen punitivo y las atrocidades cometidas en cada caso, las penas impuestas por crímenes de guerra fue en promedio de 9 años, y los sancionados por crímenes de lesa humanidad se hicieron acreedores a un promedio de 11 años de restricción de la libertad.

También llama la atención los Tribunales Internacionales creados para juzgar los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en Sierra Leona y Camboya, que impuso condenas más altas, pero juzgó pocas personas gastando grandes cantidades de dinero.

La jurisprudencia producto de estos Tribunales⁴⁹ contribuyó a cimentar los lineamientos de procedimiento y prueba a seguir en futuros juicios y al enriquecimiento de la doctrina penal internacional. Estos lineamientos, junto con los instrumentos internacionales, son los que imponen el estándar internacional en materia de sanción penal, no sobre el quantum de la pena en sí mismo, sino sobre el alcance del deber del Estado, y de la comunidad internacional, en la lucha contra la impunidad.

El estándar internacional revisado se concentra en cuatro aspectos: i) la prohibición de amnistías sobre graves crímenes de guerra, de lesa humanidad y violaciones de derechos humanos; ii) la implementación de investigaciones judiciales y juzgamientos efectivos y reales; iii) la aplicación del debido proceso dentro de las actuaciones; y iv) la imposición de sanciones penales con fines determinados y conforme al principio de proporcionalidad.

Sobre el primero de los estándares mencionados, el Acuerdo del Teatro Colón sí contempla la concesión de amnistías para delitos políticos y conexos, según los lineamientos del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, pero prohíbe de manera expresa la concesión de amnistías sobre los delitos de toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma y Sentencias penales en firme que hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente. Es decir, prohíbe conceder perdones sobre las graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y de lesa humanidad, cumpliendo así lo preceptuado por el estándar internacional.

⁴⁹ Es de aclarar que la doctrina internacional se enriquece de los pronunciamientos de la totalidad de Tribunales Internacionales y de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, no solo de los cuatro Tribunales Internacionales referidos en este trabajo.

Estas amnistías se implementan de iure sobre los delitos políticos y conexos, por la autoridad judicial que tenga a su cargo la causa penal o por el Presidente de la República, cuando no exista proceso penal abierto. En los casos donde no proceda la amnistía de iure, es responsabilidad de la Sala de Amnistías e Indultos la concesión de este beneficio, así como decretar la conexidad entre los delitos comunes y el político. Facultad que debe llevarse a cabo con gran responsabilidad, pues la aplicación inadecuada de los criterios de conexidad promovería la impunidad al extinguir la acción penal en los casos de graves violaciones de derechos humanos.

La implementación de investigaciones y juicios efectivos de los perpetradores de la violencia se garantiza a través de la creación de Tribunales, Salas y procedimientos nuevos y detallados que garanticen los derechos de las víctimas y de los procesados, especialmente el debido proceso.

La sanción penal está sujeta a criterios de proporcionalidad conforme a los fines específicos de las penas, que para el caso es restaurativa y reparadora del daño, sujeta a los objetivos propios del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, esto es el cese de la violencia y de las violaciones de derechos humanos, para establecer los cimientos de una paz estable y duradera.

De lo visto, las condiciones dadas en el Acuerdo del Teatro Colón no plantean el extremo de paz sin justicia o paz mediante perdones amnésicos o recíprocos, sino que propone la alternativa de paz y un poco de justicia punitiva acompañada de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y ejecución de acciones reparadoras por parte de los perpetradores del daño.

Los montos de las penas acordados con el grupo insurgente fluctúan entre 2 y 20 años, exigen el acompañamiento de medidas y actividades reparadoras del daño, que prevengan la repetición de la violencia. Al comparar estas sanciones con las impuestas por los Tribunales Internacionales estudiados no parecen tan desproporcionadas, pues en ellos la pena mínima impuesta fue de 9 años, no hubo reconocimiento de verdad y responsabilidad ni se realizaron actividades reparadoras o restauradoras.

La C.P.I. tampoco presenta una respuesta deseable a las necesidades de las víctimas, por cuanto las penas aplicadas al interior de esta corporación no garantizan realmente los derechos de las víctimas sino que solo lucha contra la impunidad, adelantando investigaciones y juicios e imponiendo condenas, pero no se ocupa de las necesidades puntuales de las víctimas ni de la reconstrucción del tejido social roto en tiempos de violencia.

Si lo que se pretende es satisfacer los derechos de las víctimas, sus necesidades deben ser atendidas a nivel doméstico, donde los jueces estudien los procesos y las evidencias e impongan sanciones que estén encaminadas a reparar a las víctimas más que a castigar a los responsables.

En todo caso, son las decisiones proferidas al interior de la JEP donde se podrá notar el grado de justicia o impunidad que el actual proceso de paz colombiano alcance. Más allá de esto, es la transformación social en los entornos donde habitan las víctimas directas del conflicto, lo que medirá el grado en que el proceso de paz colombiano fue exitoso.

Trabajos citados

Acuerdo del Teatro Colón. (24 de 11 de 2016). <http://www.acuerdodepaz.gov.co/>. Recuperado el 06 de Marzo de 2017, de <http://www.acuerdodepaz.gov.co/>: <http://www.acuerdodepaz.gov.co/>

Agudelo, M. (2005). El debido proceso. *Opinión Jurídica* , 89-105.

Alan, D. (19 de Noviembre de 2012). *Blog de Pontificia Universidad Católica de Perú*. Recuperado el 03 de Enero de 2017, de Blog de Pontificia Universidad Católica de Perú: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/davidalan/2012/11/19/los-delitos-de-lesa-humanidad-y-los-delitos-contra-los-derechos-humanos-aproposito-de-la-sentencia-de-la-sala-penal-permanente/>

Ambos, K. (2003). Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional. *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época (12), 191-211.

Ambos, K. (2006). *Temas de derecho penal internacional y europeo*. Madrid: Marcial Pons.

Ambos, K., Malarino, E., & Steiner, C. (2014). *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga* . Bogotá D.C.: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Andreu-Guzmán, F. (2008). *Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos – Guía para Profesionales*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

Angulo, G. (2006). *La Justicia Restaurativa en el Nuevo Sistema Procesal Ley 906 de 2004*. Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Avila, K. (2007). Aproximación al estudio de la pena desde una perspectiva crítica. *Capítulo Criminológico* , 35 (1), 5 - 44.

Becerra, C. (2010). Estándares internacionales en materia del derecho a la reparación integral Balance de su aplicación frente a las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. 127-162.

Bensouda, F. (1 de Septiembre de 2016). <https://www.icc.org>. Recuperado el 2016 de Septiembre de 24, de <https://www.icc.org>: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia&ln=Spanish>

Bensouda, F. (18 de Octubre de 2017). *caracolradio*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2017, de [caracolradio: http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=m](http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo) asinfo

Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales y Teoría General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Blanc Altemir, A. (2011). El Tribunal especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario. 101-137.

Botero, C., & Restrepo, E. (2006). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En R. Uprimny, M. Saffon, C. Botero, & E. Restrepo, *¿Justicia transicional sin transición?* (págs. 45-108). Bogotá D.C.: DeJuSticia.

Caso Barrio Altos vs. Perú, Sentencia 14 de Marzo de 2001. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14 de Marzo de 2001).

Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de Mayo de 2007).

Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de octubre de 2012).

Castillo, E. B. (2015). *Manual de Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Leyer Editores.

Colprensa / El País. (02 de Agosto de 2017). <http://www.elpais.com.co>. Recuperado el 31 de Octubre de 2017, de <http://www.elpais.com.co>: <http://www.elpais.com.co/proceso-de-paz/duras-cr%C3%ADticas-de-Naciones-Unidas-a-la-Ley-Amnist%C3%ADa.html>

Comisión Colombiana de Juristas. (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá: Opciones Gráficas Editores Ltda.

Coord. Salmón, E. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dana, S. (2014). The Sentencing Legacy of the Special Court for Sierra Leone. *Georgia Journal of International and Comparative Law* , 42 (3), 617-686.

Dir. Belhassen, S. (2007). *Colombia, la desmovilización paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional*. París: Federeación Internacional de derechos humanos.

Dondé, J. (2016). Sentencia de imposición de pena en el caso Thomas Lubanga Aspectos generales. En K. Ambos, E. Malarino, & C. Steiner, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga* (págs. 305-327). Bogotá D.C.: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Edit. Comisión Colombiana de Juristas, Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo". (2011). *Denegación de Justicia y Proceso Penal*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo".

Etcheson, C. (2004). The Politics of Genocide Justice in Cambodia. En C. Edit. Romano, A. Nollkaemper, & J. Kleffner, *Internacionalized Criminal Court* (págs. 181-205). New York: Oxford University Press.

Fernández, J. (1982). *El Estado empresario*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Fisas, V. (2016). *Anuario de Procesos de Paz*. Barcelona: Icaria.

Fraschina, A. (2008). Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: el Tribunal Especial para el Líbano. *Revista electrónica de estudios internacionales* , 1-18.

Guzmán, L. (23 de Diciembre de 2009). *Escuela de Trabajo Social - Universidad de Costa Rica*. Recuperado el 10 de Diciembre de 2016, de Escuela de Trabajo Social - Universidad de Costa Rica: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000169.pdf>

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Mexico D. F.: McGraw-Hill.

Hola, B., Bijleveld, C., & Smeulers, A. (2011). Punishment for Genocide – Exploratory Analysis of ICTR Sentencing. *International Criminal Law Review* , 11, 745–773.

Holá, B., Bijleveld, C., & Smeulers, A. (2011). Punishment for Genocide – Exploratory Analysis of ICTR Sentencing. *International Criminal Law Review* , 11, 745–773.

Holá, B., Smeulers, A., & Bijleveld, C. (2011). Sentencing Practice at the ICTY and ICTR. *Journal of International Criminal Justice - Oxford University Press* , 1-30.

Informe del Secretario General de Naciones Unidas. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. New York: Organización de Naciones Unidas.

Jackson, C. (2011). *International Sentencing Guidelines Applicable to the Trial of Kaing Guek Eav, at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*. Evanston: Northwestern University School of Law - Documentation Center of Cambodia.

Jiménez, J. I. (1978). *Teoría Administrativa del Gobierno*. Madrid: Tecnos.

Malarino, E. (2009). En K. Edit. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner, *Justicia de transición Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (págs. 415-435). Montevideo: KONRAD ADENAUER STIFTUNG E. V.

Mallinder, L. (2009). *Indemnity, Amnesty, Pardon and Prosecution Guidelines in South Africa*. Northern Ireland : Ulster University - Transitional Justice Institute.

Manterola, C., & Otzen, T. (2014). Estudios Observacionales. Los Diseños Utilizados con Mayor Frecuencia en Investigación Clínica. *Int. J. Morphol* , 634-645.

Meernik, J. (2003). Victor's Justice or the Law? *Journal of conflict resolution* , 47 (2), 140-162.

Mesa, M. (2008). Sociedad civil y construcción de la paz: una agenda inconclusa. *Pensamiento Propio* (28), 1-24.

Modolell, J. L. (2014). Problemas específicos de la Decision on Sentence: circunstancias agravantes y atenuantes, concurso y cálculo de la pena. En K. Ambos, E. Malarino, & C. Steiner, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga* (págs. 329-340). Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer-stiftung e. v.

Monroy Cabra, M. G. (2011). *Introducción al Derecho Penal Internacional*. Bogotá, Colombia: Legis.

ONU. (7 de Enero de 2013). <http://www.acnur.org/>. Recuperado el 20 de Noviembre de 2017, de <http://www.acnur.org/>: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9094.pdf?view=1>

Orduz, C. (2010). El principio de legalidad en la ley penal colombiana. *Criterio Jurídico Garantista* , 100-107.

Oreliana, O. (2005). El ius puniendi y los fines de la pena. En O. Oreliana, *Curso de derecho penal parte general* (págs. 1-18). México D.F.: Porrúa.

Pérez Alonso de Armiño, K. (2007). Diez argumentos básicos sobre rehabilitación post-bélica. En D. Coord. Wyatt, & D. Saillard, *Guerra y desarrollo: la re-construcción post-conflicto* (págs. 50-64). UNESCO ETXEA.

Pérez-Solero, R. (23 de Noviembre de 2016). <http://www.efe.com>. Recuperado el 16 de Marzo de 2017, de <http://www.efe.com>: <http://www.efe.com/efe/espana/mundo/el-tribunal-internacional-de-camboya-mantiene-la-cadena-perpetua-a-los-lideres-del-jemer-rojo/10001-3104837>

Prandi, M. (2010). De los conflictos armados a la construcción de paz. En M. Ed. Prandi, & J. M. Lozano, *La RSE en contextos de conflicto y postconflicto: de la gestión del riesgo a la creación de valor* (págs. 17-34). Barcelona: Escola de Cultura de Pau (UAB)/ Instituto de Innovación Social (ESADE).

Rodríguez, G., Gil, J., & García, E. (1996). *Metodología de la investigación cualitativa*. Granada: Ediciones Aljibe.

Rosario, U. d. (Dirección). (2016). *Foro: La Justicia Transicional en Colombia y el Papel de la Corte Penal Internacional* [Película].

Seils, P. (02 de Junio de 2015). *International Center for Transitional Justice ICTJ*. Recuperado el 12 de Diciembre de 2016, de International Center for Transitional Justice ICTJ: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Analisis-Penas-ES-2015.pdf>

Sentencia C-121, Sentencia C-121 (Corte Constitucional 22 de Febrero de 2012).

Sentencia C-578, Sentencia C-578 (Corte Constitucional 30 de Julio de 2002).

Sersale di Cerisano, F. (2013). Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. *Revista IIDH*, 115-136.

UNODC, O. d. (2006). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Publicación de las Naciones Unidas.

Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En R. Uprimny, M. P. Saffon, C. Botero, & E. Restrepo, *¿Justicia transicional sin transición?* (págs. 109-138). Bogotá, D.C.: DeJusticia.

Uprimny, R., Sánchez, L. M., & Sánchez, N. C. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. . Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Valdivieso, A. (2012). La justicia transicional en Colombia. Los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política de Santos. *Papel Político*, 621-653.

Vinuesa, R. (30 de Julio de 1998). *Comité Internacional de la Cruz Roja*. Recuperado el 10 de Octubre de 2017, de Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlp2.htm>

Vivanco, J. M. (25 de Diciembre de 2016). *Human Rights Watch*. Recuperado el 09 de 08 de 2017, de Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/es/news/2016/12/25/carta-al-presidente-santos-sobre-la-ley-de-amnistia>

Wouters, J. (2008). La obligación de judicializar los crímenes de derecho internacional. En M. Edi. Reed, *Judicialización de crímenes de sistema. Estudios de caso y análisis comparado* (págs. 79-95). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar.