

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

**MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD
Y
ACUERDO DE PAZ**

**JUAN SEBASTIAN CÓRDOBA CARREÑO
SANTIAGO APONTE OGANDO**

**Director de Tesis
Álvaro Francisco Amaya Villarreal**

**Bogotá, Colombia
2017**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
1. JUSTICIA TRANSICIONAL	8
1.1. Origen y evolución.....	8
1.2. Aproximaciones al concepto de justicia transicional.....	15
1.3. Justicia Transicional en Colombia.....	17
1.3.1. Ley de Justicia y Paz	19
1.3.2. Marco Jurídico para la Paz	24
1.3.3. El Acuerdo del Teatro Colón	28
2. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR DELITOS DE LESA HUMANIDAD, CRÍMENES DE GUERRA Y EL DELITO DE GENOCIDIO	30
2.1. La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el DIDDHH	32
2.1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos	32
2.1.2. Instrumentos de <i>soft law</i> a nivel internacional	34
2.2. La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el SIDDHH.....	36
2.2.1. Desarrollo en la jurisprudencia de la CIDH.....	37
2.3. La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el DIH.....	44
2.4. La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el DPI	46
2.5. Los estándares internacionales de sanción para tiempos de transición.....	48
3. LAS SANCIONES PROPIAS DE LA JEP Y EL SIVJRNR.....	49
3.1. El modelo de justicia al interior de SIVRNR	51
3.2. Amnistías e indultos y criterios de conexidad	52
3.3. Las sanciones para las conductas no susceptibles de amnistía o indulto.....	54
3.3.1. Medidas complementarias a la imposición de sanciones propias	57
3.4. Mecanismos adicionales de reparación y restauración en el SIVJRNR	60
3.4.1. Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva.....	61
3.4.2. Acciones concretas de reparación	62

3.4.3. Planes de reparación colectiva con enfoque territorial.....	63
3.4.4. Planes nacionales de reparación colectiva	64
3.4.5. Mecanismos de rehabilitación psicosocial	64
3.4.6. Retorno de víctimas de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior	67
3.4.7. Medidas sobre restitución de tierras	68
4. ¿SON LAS SANCIONES PROPIAS UNA FORMA ENCUBIERTA DE IMPUNIDAD?	69
4.1. No hay impunidad velada en las sanciones restrictivas de la libertad	70
4.1.1. Las sanciones restrictivas de la libertad no implican impunidad	71
4.1.2. La paz es un prerequisite para la justicia	76
CONCLUSIONES.....	79

INDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

DIDDHH (Derecho Internacional de los Derechos Humanos)

DIH (Derecho Internacional Humanitario)

DPI (Derecho Penal Internacional)

El Acuerdo (Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera)

JEP (Jurisdicción Especial para la Paz)

JT (Justicia Transicional)

SIDDHH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos)

SIVJRNR (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición)

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar las medidas restrictivas de la libertad pactadas en el acuerdo de paz firmado entre el Gobierno de Colombia y las FARC, donde se hace un análisis sobre justicia transicional, normas y jurisprudencia del derecho internacional así como de derecho interno. Para así poder demostrar que dichas medidas privativas de la libertad no son una forma encubierta de impunidad, sino que gracias a la totalidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición,

se cumple verdaderamente con las obligaciones de investigar, Juzgar y sancionar los graves crímenes ocurridos durante el conflicto armado en Colombia.

PALABRAS CLAVE

1. Medidas restrictivas de la libertad 2. Acuerdo de Paz 3. Justicia transicional 4. impunidad

INTRODUCCIÓN

Generalmente, el concepto de justicia transicional alude a la forma en que las sociedades pretenden superar contextos de violencia generalizada que tienen lugar con ocasión de conflictos armados o regímenes autoritarios, aunque sin dejar de hacer justicia en relación con los graves abusos del pasado (Sandoval, 2011, pp. 2 – 3; Popkin & Roht-Arriaza, 1995: p. 81). Dicho de otro modo, la JT ha sido usualmente concebida como un estándar especial de justicia para afrontar tiempos de transformación o transición política (Leebaw, 2008, p. 98; Teitel, 2000, p. 6). Teniendo en cuenta esto, el Gobierno colombiano y las FARC-EP han diseñado un modelo de transición, en el marco del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (2016), con el fin afrontar los graves abusos cometidos durante al menos 52 años de conflicto armado no internacional. Este diseño supone la puesta en marcha de diversos mecanismos judiciales y extrajudiciales de transición que oscilan entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa, entre ellos, una Jurisdicción Especial para la Paz.

No obstante, toda vez que el diseño de la JEP permite que los responsables de los más graves crímenes del conflicto armado puedan eventualmente ser sancionados con penas restrictivas de la libertad en lugar de penas privativas de la libertad, se ha planteado la tesis de que la fórmula de transición adoptada por el Gobierno y las FARC-EP podría configurar una forma de impunidad respecto de los más atroces actos ocurridos en el marco del conflicto interno colombiano (Vivanco: 2016; Nieto Loaiza: 2015). Dicha tesis, además de cuestionar la solidez jurídica de la JEP, parece menoscabar la legitimidad moral de la fórmula de transición adoptada para cerrar el conflicto armado entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP.

Así las cosas, resulta plenamente justificado indagar si la imposición de sanciones restrictivas de la libertad implicaría una forma sutil o encubierta de impunidad para los más graves crímenes del conflicto armado colombiano. La hipótesis a sostener es que las sanciones propias de la JEP, caracterizadas por recurrir a medidas restrictivas de la libertad que no implican reclusión en centros carcelarios, constituyen un modelo de justicia legítimo para castigar los más graves actos punibles del conflicto armado. Lo anterior, por una parte, puesto que una revisión holística de la fórmula de JT adoptada para el caso colombiano evidencia la existencia de diversos mecanismos que, si bien no necesariamente implican una privación de la libertad, desarrollan un modelo sancionatorio que está inspirado en la armonización de nociones contemporáneas de justicia que abarcan tanto aspectos retributivos, como ámbitos reparadores y restaurativos. Por otra parte, puede afirmarse que la prolongación del conflicto sí constituiría un estado de cosas que promueve la impunidad, toda vez que los responsables de los más relevantes crímenes del conflicto armado

seguirían cobijados por la ausencia de investigación, juzgamiento y sanción que se deriva del no sometimiento a la justicia.

Para sustentar el argumento de que las las sanciones de la JEP se erigen como mecanismos legítimos de justicia, se llevarán a cabo los siguientes pasos: en primer lugar, se esbozará el origen, sentido y evolución del concepto de justicia transicional, así como su desarrollo en el contexto colombiano; en segundo lugar, se expondrán las fuentes jurídicas que dan sustento a la obligación del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de genocidio; en tercer lugar, se recapitulará la fórmula de justicia transicional acordada por el Gobierno colombiano y las FARC-EP, especialmente en relación con la investigación, el juzgamiento y la sanción de los delitos no susceptibles de amnistía o indulto que han tenido lugar en el marco del conflicto armado colombiano; finalmente, se expondrán las críticas planteadas en relación con la idea de que la fórmula de justicia empleada por el Gobierno colombiano y las FARC-EP permitiría dejar impunes los más graves de crímenes relacionados con el conflicto armado, así como los argumentos que permiten concluir que dichas críticas resultan infundadas, mientras que la prolongación del conflicto armado sí se presentaría como un factor real de impunidad.

1. JUSTICIA TRANSICIONAL

1.1. Origen y evolución

Para Jhon Elster (2004), “(...) la justicia transicional democrática es casi tan antigua como la democracia misma (...)” (p. 3), puesto que los diferentes cambios políticos que han acompañado a las sociedades han venido exigiendo la puesta en marcha de distintos mecanismos que hagan posible el tránsito de un estado de cosas a otro. No obstante, pese a que algunos componentes de la justicia para los tiempos de transición son bastante antiguos, el término como tal de JT no lo es tanto. Apenas si tiene un poco más de dos décadas, pues este campo empieza surgir conceptualmente entre la década de 1980 y mediados de los años 90 (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009)¹ para consolidarse a partir de principios del siglo XX (Bell, 2008). En este orden de ideas, existen al menos dos perspectivas históricas de la JT: por una parte, una aproximación defendida

¹ Más exactamente, el campo de la JT empezó a emerger a finales de 1980, como consecuencia de nuevas prácticas que activistas de derechos humanos afrontaron en países como Argentina, donde los regímenes autoritarios habían sido reemplazados por gobiernos más democráticos. (Arthur, 2009, p. 34 y ss.)

por autores como Elster (2004) que rastrea los orígenes de las formas transicionales de justicia hasta la antigüedad; por otra parte, una perspectiva presentada, entre otros, por Teitel (2000; 2003), Arthur (2009) y Bell (2008) que recoge el discurso de la justicia transicional como un asunto fundamentalmente ligado a los dilemas del siglo XX.

Con el fin de presentar brevemente el desarrollo que ha tenido el concepto de justicia transicional, se tomará como referente el texto de Ruti Teitel (2003) relativo precisamente a la genealogía y desarrollo de la justicia para tiempos de transición en el contexto contemporáneo. Precisamente, para esta autora, los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial, pero su carácter excepcional y su relevancia internacional comienza después de 1945. En este sentido, Teitel (2003) divide el análisis de la transformación de tal campo de estudio en tres fases: i) el periodo correspondiente a las posguerras del siglo XX; ii) la etapa concerniente a la terminación de la guerra fría, es decir, finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa; iii) la fase relativa a la expansión y normalización de la justicia transicional. A lo anterior puede sumarse, adicionalmente, una cuarta etapa que Teitel ha denominado recientemente como “*a global phase of transitional justice.*”²

a. Primera fase de la JT. Esta etapa corresponde al periodo de posguerras del siglo XX, esto es, al tiempo en el que la preocupación en materia de justicia giraba fundamentalmente en torno a nociones retributivas. Dicha etapa tuvo su más elocuente expresión en el propósito de lograr la rendición de cuentas - *accountability*- frente a los horribles crímenes cometidos por el régimen Nazi. Con

² Esta última etapa será analizada con mayor profundidad por Teitel con su texto *Globalizing Transitional Justice: Contemporary Essays*, en el año 2014

el fin de alcanzar este propósito, la respuesta que se dio en su momento fue la creación del Tribunal de Núremberg, el cual se constituyó en un paradigma de lo que sería entendido como justicia para tiempos de transición. Al respecto, el profesor Iván Orozco ha sostenido, precisamente, que:

“Privilegiando las lógicas verticales sobre las lógicas horizontales de la victimización política y de masas, los juicios de Núremberg pusieron cimientos para la instauración de la hegemonía judicial y, con ello, del primado de la justicia sobre la reconciliación en el horizonte de la justicia extraordinaria y transicional.” (2009, p. 53)

Así las cosas, esta primera fase tiene lugar con ocasión de un paradigma de justicia que podría caracterizarse como de transición punitiva (Uprimny, 2006, pp. 21 y ss.) o de victimización vertical (Orozco, 2009, pp. 53 y ss.), toda vez que esta etapa de la JT consolidó la idea de que era necesario acudir a tribunales internacionales para hacer frente a las violaciones masivas de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos por un Estado, teniendo presente, las responsabilidades individuales del caso. De esta manera y con el surgimiento de la JT, la justicia nacional comenzó a ser desplazada por la justicia internacional, específicamente, por el Derecho Penal Internacional.³

En este sentido, Teitel agrega que, a pesar de su corta duración al haber culminado un poco después del fin de la Segunda Guerra Mundial, esta etapa refleja el triunfo

³ Adicionalmente, para el profesor Orozco: “[l]os grandes juicios de Núremberg ante el Tribunal Militar de los Aliados fueron, en el agregado, un ejercicio de justicia de vencedores y con ello, de realismo, apenas moderado por importantes constreñimientos idealistas en materia de Estado de Derecho y de debido proceso.” (2009, p. 50)

de la JT dentro del esquema del Derecho Internacional, de modo tal que “ (...) el profundo y permanente significado del modelo de Núremberg radica en que mediante la definición del Estado de Derecho en términos universalizadores, éste se ha convertido en el patrón estándar en el cual se enmarcan todos los debates posteriores sobre justicia transicional” (2003, p. 76).

- b. Segunda fase de la JT.** Esta época de la JT coincide con las transiciones políticas de dictaduras militares a la democracia liberal en los países del cono sur latinoamericano. En esta fase, adicionalmente, también tienen lugar las transiciones de conflicto armado a procesos de paz de los países centroamericanos y la finalización del régimen del *apartheid* en Sudáfrica (Arthur, 2009, pp. 359 y ss.).

Igualmente, Teitel (2003) sostiene que “(...) el modelo transicional de la fase II tiende a sustentarse en una comprensión de un estado de derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales” (p. 71). En otras palabras, si la tendencia de la primera fase fue hacia la justicia internacional, esta segunda etapa estuvo enfocada hacia una justicia más local. En estas condiciones, podría entenderse la segunda fase de la JT como una respuesta crítica al proyecto de justicia esbozado por las experiencias de las posguerras mundiales del siglo XX, habida cuenta de que aquella pretendió ir más allá de una concepción de justicia meramente retributiva. En efecto, los dilemas a los que se enfrentó la JT al final del siglo XX iban mucho más allá de preguntarse qué hacer con los crímenes cometidos por el régimen antecesor, ya que, para las últimas décadas del siglo

pasado, también se plantearon preocupaciones en torno a la importancia de, por ejemplo, lograr reconciliación y establecer la verdad. De hecho, la concesión de amnistías para privilegiar la reconciliación fue un aspecto que caracterizó las fórmulas de justicia en los diversos contextos de transición tras las dictaduras Latinoamericanas, a pesar de las críticas y oposiciones que surgieron desde el campo de los derechos humanos. Es así como se explica que Teitel sostenga que, en esta fase, “(...) la justicia transicional significó realizar concesiones cruciales sobre el Estado de Derecho”. (Teitel, 2003, p. 78)

Resulta claro, entonces, que la segunda fase de la justicia transicional tuvo características propias, dado que durante este período emergieron diversas maneras de entender la justicia para efectos transicionales, así como distintas herramientas para afrontar las necesidades de verdad y reconciliación de las diversas sociedades. Un ejemplo bastante representativo de esta serie de modificaciones en la comprensión de la JT fue la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica. En este sentido, puede afirmarse que los grandes desarrollos teóricos y prácticos en materia de JT han tenido lugar en las últimas décadas del siglo pasado (Bell, 2008, p. 7). Por consiguiente, si bien es cierto que el segundo período de la justicia transicional incorporó el discurso de los derechos humanos del modelo de posguerra, esta etapa también planteó dilemas propios para los procesos de transición como, por ejemplo, el posible antagonismo entre verdad y justicia o entre paz y justicia, así como las interrelaciones entre justicia, historia y memoria. (Teitel, 2003, p. 81)

c. Tercera fase de la JT. En esta última etapa, la JT pasó de ser un fenómeno excepcional a convertirse en una forma reiterada de afrontar períodos de transición política. Efectivamente, durante la primera década y lo que va de la segunda del siglo XXI, ha sido posible dar cuenta del uso extendido de mecanismos de justicia transicional en múltiples sociedades. Esto es lo que ha sido denominado por Teitel (2003, p. 89 y ss.) como el estado estable de la JT, pues su discurso se expandió y se ha normalizado a través del mundo. Por consiguiente, dicha fase de la JT estuvo relacionada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que propician un entendimiento del derecho en relación con los fenómenos de violencia como algo normal. (Teitel, 2003, p. 70)

Así las cosas, el símbolo más visible de este fenómeno de normalización de la JT ha sido la institucionalización de la Corte Penal Internacional como el tribunal permanente al que se le encargó la tarea de someter a los responsables de cometer genocidios, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (Teitel, 2003, p. 90). De ahí que, en palabras de Teitel (2003, p. 92), “(...) [l]a noción de justicia transicional permanente de la fase III es evidente en el despliegue del sistema humanitario, el que se ha expandido y fusionado con el Derecho de los Derechos Humanos.”

d. Cuarta fase de la JT. Finalmente, los cambios que han tenido lugar recientemente son muestra de lo que pudiera ser una cuarta etapa o una fase global de la JT, caracterizada la normalización global de un discurso que es distinto al que imperó en las últimas décadas del siglo XX en relación con la justicia para tiempos de

transición política. Esta globalidad parece estar comprendida por dos modelos que resultan de dicha normalización globalizada: a) el modelo del derecho internacional; y b) el modelo burocrático. Frente a esta última fase, ha tenido un rol preponderante la labor del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y, en general, la Organización de Naciones Unidas, a través de sus directrices acerca de las mejores prácticas sobre justicia transicional y derivado de ello la apuesta por concebir un modelo holístico de JT con pretensiones de universalidad, es decir, fórmulas de transición que pretenden ser aplicadas indiscriminadamente en todos los contextos.

Sin embargo, aún es objeto de un álgido debate si es conveniente de promover modelos universales de justicia transicional o, por el contrario, configurar mecanismos más contextuales de justicia para tiempos de transición que respondan a las necesidades específicas de cada situación (Shaw, R., & Waldorf, L., 2010). Lo anterior, toda vez que la experiencia parece evidenciar que no existe aún una respuesta definitiva en torno a la manera en que las sociedades deben hacer justicia en tiempos de transición (Orentlicher, 2007, p. 18), sino diversas fórmulas aparentemente plausibles para afrontar las situaciones de anormalidad política.

“Aunque los factores que impulsan las transformaciones sociales y políticas, y las características de cada proceso difieren de acuerdo al contexto, al final todas las medidas que se adoptan en el marco de la JT parten del mismo punto: alcanzar un punto medio entre las exigencias de justicia de las víctimas y las posibilidades de ofrecer y

aplicar esa justicia. Este dilema constituye el núcleo fundamental de la JT.” (Fundación Ideas Para la Paz, 2014 p.16)

Así las cosas, la evolución del concepto de justicia transicional el cual se remonta a comienzos del siglo pasado, nos enseña que no hay una fórmula adecuada o preestablecida la cual nos permita llegar a un óptimo de justicia, y que para alcanzar la transición de un estado de anormalidad a uno de paz el cual es el objetivo de la JT se debe optar por ponderar entre los derechos de las víctimas frente a la aplicación de justicia a los victimarios.

1.2.Aproximaciones al concepto de justicia transicional

Dadas estas circunstancias, la JT ha sido definida *grosso modo* como “(...) toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (Secretaría General de la ONU, 2004, p. 6). En este tipo de escenarios, por ende, el centro de la discusión radica en la manera de armonizar la justicia y la paz, siendo éstos dos bienes jurídica y moralmente deseables, sin que la procura del uno implique el desconocimiento total del otro. Desde este punto de vista, la JT puede ser entendida como un conjunto de medidas judiciales y políticas (comisiones de la verdad, programas de reparación, reformas institucionales) utilizadas por diversas sociedades como formas de afrontar la ocurrencia de

violaciones masivas a los derechos humanos (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2009; Eisikovits, 2014).

De esta manera, el término JT está inspirado por al menos tres finalidades tras situaciones de clara inequidad: i) alcanzar la reconciliación nacional; ii) contribuir a consolidar la democracia; iii) reparar a las víctimas e instaurar una convivencia pacífica. (Bickford, 2004, pp. 1045 - 1047). De ahí que Pablo de Greiff como relator especial para las Naciones Unidas.(2014, p 105) se refiera a la JT en el sentido de equipararla a los mecanismos que algunos países han utilizado para tratar los legados de abusos masivos y sistemáticos de derechos humanos, reiterando la vigencia de las normas de derechos humanos que fueron vulneradas y adoptando las medidas necesarias para esclarecer la verdad, obtener reparación, realizar los juicios penales y llevar a cabo las reformas institucionales necesarias para evitar que lo ocurrido vuelva a repetirse.

Adicionalmente, los elementos de la JT ha sido recogida *in extenso* para efectos de ser armonizado con los parámetros del contexto colombiano. Desde el año 2006, la Corte Constitucional ha sostenido para tal efecto que la JT es:

“[u]n sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social” (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006).

Así las cosas, la JT consistiría en aquellos mecanismos judiciales y extrajudiciales que han diseñado diversas sociedades en transición para procurar: a) rendir cuentas por las

violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen político anterior o por los actores que estuvieron inmersos en un conflicto; b) obtener el máximo de verdad posible; c) alcanzar el máximo posible de reconciliación; d) aplicar medidas de justicia restaurativa que reparen integralmente a las víctimas; y e) restablecer o fortalecer las instituciones democráticas.

1.3. Justicia Transicional en Colombia

Como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional, “(...) durante casi toda nuestra historia se han realizado esfuerzos para lograr la paz en Colombia, los cuales han estado centrados en la necesidad de ponderar la justicia y los derechos de las víctimas con la paz”. (Sentencia C-579 de 2013). Para no ir muy lejos, basta con recordar la concesión de amnistías que tuvo lugar durante las décadas de los ochenta y noventa para diferentes grupos armados que entregaron las armas y se reintegraron a la vida civil (EPL, M-19, MAQL, etc.) (Barbosa, 2017, p. 56 y ss.). Con tal propósito, por ejemplo, el Gobierno del Presidente César Gaviria promulgó el Decreto 213 de 1991 en el que permitía la extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos para cobijar los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno con el PRT, EPL y el MAQL. Lo anterior hace evidente que la tensión entre la justicia y la paz ha estado frecuentemente en el centro de las discusiones jurídico-políticas al interior de la sociedad colombiana.

Más aún, a principios de la última década del siglo XX, “[l]a Constitución de 1991 se convirtió en un nuevo intento para abrir la democracia, modernizar al país y crear un consenso alrededor de la paz.” (Subrayado fuera de texto) (Grupo de Memoria Histórica,

2013, p. 45). En efecto, la Carta Política de 1991, por una parte, le otorgó al Congreso la posibilidad de conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos, mientras que, por otra parte, le concedió a la Rama Judicial la facultad para conceder indultos por delitos políticos. En este sentido, la vocación de la Constitución Política de 1991 en relación con el empleo de diversos mecanismos para la consecución de la paz puede vislumbrarse claramente a través del artículo transitorio número 30 cuyo tenor señalaba la autorización al Gobierno Nacional:

“(…) para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima.” (Const., 1991, art. transitorio 30)

Bajo estas circunstancias, puede decirse que la década de 1990 correspondió a un periodo en el cual se promulgó una serie de normas jurídicas dirigidas a facilitar el otorgamiento de beneficios para los grupos armados que decidieran realizar un acuerdo de paz con el Estado colombiano.⁴ Sin embargo, ninguno de los instrumentos utilizados hasta entonces se le consideró explícitamente como un mecanismo de justicia para efectos de una transición política, porque, entre otras cosas, el origen y los desarrollos en torno a este tema se remontan a los últimos años del siglo XX. En este orden de ideas, no fue sino hasta

⁴ Adicionalmente, pueden mencionarse: la Ley 104 de 1993 y la Ley 418 de 1997, prorrogada esta última por la Ley 782 de 2002.

la expedición de la Ley 975 de 2005 cuando en Colombia se empezaron a generar los debates académicos, políticos y judiciales alrededor del concepto y desarrollo de la JT.

1.3.1. Ley de Justicia y Paz

En los años 2000 y tras el fracaso de las negociaciones de paz con las FARC, se instauró el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe, quien decide iniciar un proceso de negociación con los grupos paramilitares o Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). En el año 2005 y con ocasión de dicho proceso de negociación, se profirió la Ley 975, mejor conocida como “Ley de Justicia y Paz”. Si bien la Ley de Justicia y Paz fue el primer intento de recoger los desarrollos trazados por el concepto de JT, esta ley fue bastante polémica por las siguientes razones: i) establecía un *quantum* de pena privativa de libertad de 5 a 8 años, a pesar de los crímenes atroces cometidos por estos grupos armados; ii) pretendía concederle un estatus político a los integrantes de estas organizaciones, pese a que éstos jamás se habían opuesto al régimen constitucional y legal vigente, mientras que, por el contrario, habían operado muchas veces con la aquiescencia de la la Fuerza Pública; iii) no se garantizaban los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. (Villa, 6)

En el marco de la Ley de Justicia y Paz, precisamente, se hizo referencia por primera vez a las discusiones propias de la JT con relación al contexto jurídico colombiano. Según la Ley de Justicia y Paz, el objetivo de ésta consiste en “(...) facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Ley 975, 2005, art. 1º). Por consiguiente, esta norma legal evidenciaba la necesidad de alcanzar la paz a través de la reconciliación nacional, aunque

sin dejar de honrar en la medida de lo posible el resarcimiento a que tienen derecho las víctimas tras un conflicto armado. De ahí que, a partir de la Ley 975 de 2005, pueda afirmarse que varios de los más importantes dilemas en relación con la JT ya estaban claramente planteados.

En este sentido, algunos de los aspectos que vale la pena resaltar de esta primera aproximación a la JT para el contexto colombiano son los siguientes: i) estableció penas alternativas que suspenden la ejecución de la pena de prisión y que se conceden por la contribución que realice el beneficiario a la verdad, a la justicia y a la reparación de sus víctimas; ii) sostuvo que quienes hacían parte de grupos guerrilleros o paramilitares estaban inmersos en el delito de sedición; iii) permitió la rebaja de penas, excepto por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico; iv) estableció un procedimiento especial de justicia y paz al que debían someterse quienes se desmovilizaran y se comprometieran a confesar la verdad y a reparar a sus víctimas; v) creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y el Fondo para la reparación de las víctimas, entre otras.

Adicionalmente, esta misma Ley precisó varios aspectos de relevancia para efectos transicionales respecto de la pena alternativa a imponer a los victimarios que se acogieran al sistema de Justicia y Paz (Ley 975, 2005, art. 24). En términos generales, dicha norma señaló que en la sentencia condenatoria se fijaría la pena ordinaria para el delito correspondiente, de modo que, si se acreditaban los requisitos para ello, se reemplazaría dicha pena ordinaria por una pena alternativa de entre 5 a 8 años. Dentro de las exigencias para acceder a la pena alternativa descrita por la Ley 975 de 2005 están: 1) el compromiso de no incurrir en nuevos delitos; ii) la contribución a la verdad, por ejemplo, dando cuenta

del paradero de las personas desaparecidas o secuestradas; iii) la reparación de las víctimas y la extinción de dominio de los bienes que se utilizarían con fines reparadores. De esta manera, si el victimario no lograba acreditar tales requisitos, se revocaría la pena alternativa y debería cumplirse la pena inicialmente determinada, de acuerdo a los parámetros de la legislación ordinaria.

Ahora bien, dicha aproximación a la JT no resultó del todo bien recibida en el contexto colombiano, puesto que los estándares señalados para zanjar la tensión entre justicia y paz fueron demandados en su constitucionalidad. Con ocasión de este cuestionamiento, la Corte Constitucional analizó el contenido de la Ley 975 de 2005 y ejerció control de ésta a la luz de las disposiciones de la Carta Política de 1991. Como consecuencia de esto, el Tribunal Constitucional precisó una serie de elementos que, sin lugar a dudas, redundaron en la garantía de los derechos de las víctimas y en la obtención de un mayor equilibrio entre dos derechos en tensión: la paz y la justicia. De hecho, esta sentencia le dio un verdadero sentido a la Ley de Justicia y Paz (Guerrero, 2011), puesto que, a juicio de la propia Corte Constitucional, este primer análisis concerniente a la noción de JT en el contexto colombiano sentó “(...) las bases de aspectos esenciales de los procesos de justicia transicional.” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013)

Frente a la tensión entre la justicia y la paz, la Corte Constitucional utilizó el denominado test de proporcionalidad para poder dilucidar de manera razonada el dilema propuesto. Al respecto la jurisprudencia constitucional sostuvo que:

“El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber: la justicia, la paz

y los derechos de las víctimas (...) Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución.” (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006)

Producto de aquel ejercicio de ponderación, la Corte Constitucional entendió que los derechos a la verdad y a la reparación debían prevalecer sobre el derecho a la justicia. De allí que adoptara razonamientos constitucionales como, por ejemplo, los siguientes: i) la pena alternativa como medida encaminada al logro de la paz, resulta acorde con la Constitución en cuanto no es una desproporcionada la afectación del valor justicia; ii) para acceder a dicho beneficio, a los desmovilizados se les debe exigir acciones concretas encaminadas a asegurar la efectiva colaboración a la justicia; iii) se debe revocar el beneficio otorgado ante el ocultamiento de la participación de la persona desmovilizada en la comisión de un delito relacionado con su pertenencia al grupo (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006).

Igualmente, el análisis de constitucionalidad emprendido por la Corte Constitucional supuso la incorporación de algunos de los estándares internacionales de justicia para tiempos de transición, según fueron establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencias como la de *Barrios Altos vs Perú*, *Mapiripán vs Colombia* y *Mayrna Mack Chang vs Guatemala*. De esta manera, al tener en cuenta la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y al reconocer a la jurisprudencia interamericana como fuente de derecho internacional vinculante para Colombia, el Tribunal Constitucional recogió varios parámetros sumamente

relevantes para la JT como: a) el deber de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, así como el deber de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables; b) el deber de reparar a las víctimas; c) la incompatibilidad de leyes de amnistía, las disposiciones de prescripción y eximentes de responsabilidad frente a graves violaciones a los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; d) el derecho de acceso a la administración de justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en un plazo razonable y e) la no suspensión de las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar los atentados contra los derechos humanos en el marco de los procesos de paz (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006).

Pese a todo lo anterior, el balance de esta primera etapa formal de la JT en Colombia ha sido mixto. Si bien esta fórmula de justicia para tiempos de transición tiene algunos saldos positivos como el hecho de que (...) ha dejado al descubierto la relación entre miembros estatales, políticos y militares con los grupos paramilitares (...) (Forer & Guerrero, 2010, p. 166), lo cierto es que en materia de reparación y garantías no repetición los resultados no han sido del todo satisfactorios. Lo anterior, ya que, por ejemplo, además del hecho de que buena parte de los desmovilizados han reincidido en conductas criminales al vincularse a bandas criminales, los recursos para la reparación de víctimas han estado fundamentalmente a cargo del Estado y no de los victimarios. De ahí que algunos autores afirmen que esta primera aproximación a la JT, (...) más que un mecanismo de negociación, fue un instrumento de sometimiento que no produjo resultados en el ámbito de la justicia transicional en término de verdad, de garantías de no repetición, ni de reparación integral para las víctimas. (...)” (Barbosa, 2017, p .65)

Así pues la ley 975 de 2005 es a nuestro parecer el punto de partida de la JT moderna en Colombia, ya que en desarrollo de esta, la Corte Constitucional acepta el uso de penas alternativas como una medida acertada para la consecución la paz, sin que esto, llegue a afectar la obligación constitucional que tiene el Estado de prevenir, investigar, acusar y sancionar los graves crímenes. Además la ley 1592 de 2012 la cual modifica la ley de justicia y paz, “introdujo ajustes sustanciales al modelo de judicialización, como los criterios de priorización⁵ (...) así como la asunción de una perspectiva general de macrocriminalidad, han comportado innovaciones de alto calado en la cultura jurídica de los operadores judiciales, al tiempo que imponen nuevas exigencias” (Observatorio Internacional, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2016 p.15)

1.3.2. Marco Jurídico para la Paz

En el año 2012, el Marco Jurídico para la Paz incorporó a la Constitución Política los artículos 66 y 67 transitorios (Acto Legislativo 01, 2012), de forma tal que elevó a rango constitucional los mecanismos de JT para facilitar la terminación del conflicto armado y construir la paz, a propósito de los diálogos de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. Por una parte, el artículo transitorio 66 contempló ciertas medidas de transición como: i) la aplicación de un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado; ii) la posibilidad de que mediante una ley estatutaria se establezcan

⁵ Los Criterios de priorización focalizan la acción penal en los máximos responsables por delitos graves y representativos.

instrumentos transicionales de carácter judicial y extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción; iii) la creación de una Comisión de la Verdad por medio de una ley; iv) algunos criterios de priorización inherentes a los instrumentos de JT (Acto Legislativo 01, 2012, art. 1. °). Por otra parte, el artículo transitorio 67 estableció que: “una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política” (Acto Legislativo 01, 2012, art.3. °), aclarando en todo caso que “no podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.” (Acto Legislativo 01, 2012, art.3. °)

No obstante, el primero de estos artículos fue demandado por la Comisión Colombiana de Juristas al considerar que algunos de los mecanismos de JT, diseñados para facilitar el fin del conflicto armado, sustituían pilares fundamentales de la Constitución Política de 1991, entre otras razones, porque el Estado colombiano, al concentrarse en la selección de los máximos responsables de crímenes graves en marco del conflicto armado interno, estaba omitiendo parcialmente su obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Dicha objeción en materia constitucional supuso nuevamente el estudio detallado de la noción de justicia para tiempos de transición política a la luz de los parámetros constitucionales del contexto colombiano.

Lo anterior obligó a la Corte Constitucional a realizar un análisis sobre la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las graves violaciones a

los derechos humanos prevista en diferentes instrumentos internacionales. En este escenario, el máximo intérprete de la Constitución señaló que:

“(…) la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, implica la realización de todos los esfuerzos posibles para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con la participación de las víctimas y la sanción deberá consistir en una pena proporcional y efectiva.” (Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013)

De acuerdo esta interpretación, la Corte Constitucional concluyó que dicha disposición normativa era ajustada a la Constitución Política de 1991, en la medida en que los mecanismos de JT diseñados no sustituían el pilar fundamental relativo al deber concreto de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, sino que dichos mecanismos transicionales constituyen una modificación de la estrategia de juzgamiento, pasando de investigar de forma individual cada caso a un modelo que pretende construir una visión macroscópica respecto del juzgamiento y sanción de los máximos responsables en el marco del conflicto armado. Así, si bien el Acto Legislativo 01 (2012, art. 1.º) elevó a rango constitucional los criterios de selección y priorización de casos a manera de fórmulas inherentes a la justicia transicional, partiendo así de un criterio de selección que privilegia los delitos más graves y representativos, lo cierto es que uno de las mayores fuentes de debate sigue radicando en la imposibilidad de investigar, juzgar y sancionar todos y cada uno de los delitos cometidos con ocasión del conflicto y a todos aquellos que participaron en estos.

Posteriormente, el artículo transitorio 67 del Acto Legislativo 01 de 2012 también fue cuestionado en su constitucionalidad y declarado exequible por la Corte Constitucional. En este caso, el punto central de la discusión giró en torno a la posibilidad de que personas que hubieran sido condenadas por delitos de lesa humanidad o genocidio pudieran eventualmente tener participación política. Al respecto, la jurisprudencia constitucional concluyó que a nivel nacional e internacional no existe ningún estándar que limite la participación política de los miembros de un grupo armado que dejen las armas, frente a lo cual sostuvo, por consiguiente, que “(...) el Estado goza de pleno margen de discrecionalidad en especial, cuando se trata de un contexto de justicia transicional que busca poner fin a un conflicto armado de décadas”. (Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014). No obstante, la Corte Constitucional también estableció que los desmovilizados que pretendan participar en política deberían cumplir con los siguientes requisitos: i) no tener condenas penales pendientes; ii) haber dejado las armas; iii) reconocer su responsabilidad; iv) contribuir con el esclarecimiento de la verdad y reparar a las víctimas; v) liberar a los secuestrados; vi) y desvincular a los menores de edad reclutados (Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014). Con todo, según las previsiones del artículo 67 transitorio, quienes resulten condenados por delitos de lesa humanidad y genocidio no podrían participar en política⁶.

⁶ Ahora bien, este último aspecto relativo a la elegibilidad política de los responsables de crímenes de lesa humanidad y genocidio, parece contradecir *prima facie* lo acordado entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, toda vez que, según el punto 36 del acápite concerniente a la JEP (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, p. 150), ninguna sanción proferida en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición generaría inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos. Entonces, resulta claro que será necesario encontrar una fórmula conciliatoria entre las dos disposiciones.

A grandes rasgos el Marco Jurídico para la Paz brindó una oportunidad concreta para la consecución del sistema de justicia transicional, ya que por medio de una reforma constitucional logro abrir campos de maniobra que permitieron desplegar una plan enfocado no solo en la obtención de una paz estable y duradera sino en la satisfacción de los derechos de las víctimas tales como: la verdad, la justicia, reparación y la no repetición.

1.3.3. El Acuerdo del Teatro Colón

El día 26 de septiembre del año 2016, se firmó en la ciudad de Cartagena de Indias *el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, entre el Gobierno Nacional y las FARC, E.P. Uno de los puntos más relevantes de este documento fue, precisamente, el aspecto relacionado con las víctimas del conflicto armado correspondiente al acápite quinto. A su vez, éste acápite contenía el modelo de JT a implementar en el contexto colombiano. En efecto, el punto quinto de este documento establece el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición*, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz. De allí que, ante la posible pregunta acerca del modelo de JT que se pretendía implementar, podría pensarse que trata de una fórmula de JT integral u holística, pues para ese efecto se diseñaron diversos mecanismos judiciales y extrajudiciales que de manera armónica y complementaria pretendían lograr una rendición de cuentas al privilegiar la verdad y la justicia restaurativa.

Sometido dicho éste a la refrendación popular mediante el Plebiscito que se llevó a cabo el 2 de Octubre de 2016, la votación popular fue negativa y, por lo tanto, tal como lo

precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2016, se generó la imposibilidad jurídica de implementar ese acuerdo, como política pública específica. No obstante, aclaró el Tribunal Constitucional que el Presidente de la República mantenía intactas todas sus facultades constitucionales en materia de orden público, las cuales incluyen, entre otras, “(...) [l]a negociación con grupos armados al margen de la ley tendiente a lograr otros acuerdos de paz” (Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016). El Gobierno y las FARC-EP emprendieron, entonces, una nueva fase de negociación con el objetivo de incluir las observaciones, recomendaciones y críticas de distintos sectores y, tras intensas reuniones, se logró suscribir un nuevo acuerdo que se firmó el 24 de Noviembre de 2016, siendo este el *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (2016) que posteriormente fue sometido con éxito a la refrendación del Congreso de la República, como órgano de representación de la voluntad popular.

En este orden de ideas, el *Acuerdo* (2016), conocido como el Acuerdo del Teatro Colón, introdujo importantes modificaciones al aspecto de víctimas respecto del documento inicial. Sin embargo, el tema central sobre la imposición de las medidas restrictivas de la libertad y el régimen jurisdiccional propuesto en esencia no cambiaron. De modo tal que, en adelante, el punto de las medidas restrictivas de la libertad, esto es, su descripción y análisis serán en consonancia con el documento suscrito en el Teatro Colón y refrendado por las Cámaras Legislativas.

2. LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR DELITOS DE LESA HUMANIDAD, CRÍMENES DE GUERRA Y EL DELITO DE GENOCIDIO

En el presente capítulo, se pretende describir en qué consiste el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, particularmente los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de genocidio, a la luz de los estándares internacionales. Para tal efecto, resulta importante precisar que esta obligación a cargo de los Estados es de carácter permanente, aunque dicha obligación entra en tensión cuando las sociedades atraviesan por situaciones transicionales de cara a superar un conflicto, una guerra, un régimen dictatorial, entre otros. En este orden de ideas, si bien existe en el derecho internacional un deber de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, no existe un estándar internacional que establezca la clase de sanción que los Estados deben imponer. Por lo tanto, no existe ninguna previsión a nivel jurídico que obligue al Estado a imponer penas privativas de la libertad en relación con procesos de JT, de modo que la imposición o no de penas privativas de la libertad constituiría un margen de apreciación estatal, de conformidad con algunos principios y lineamientos que se han dado al respecto.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se adoptaron diversos de instrumentos internacionales de derechos humanos, así como el establecimiento de instituciones, tribunales y organizaciones alrededor de lo que se ha denominado una conciencia humanitaria (Orozco, 2005). Así, la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la creación de la Organización de Naciones Unidas, los tratados y tribunales

regionales de derechos humanos son algunas muestras representativas del surgimiento de una nueva forma de entender las relaciones entre los Estados, al igual que entre éstos y las personas. En el marco de aquellas relaciones, un cambio importante viene a ser la forma de concebir ciertas obligaciones estatales que antes eran inexistentes, al menos en el campo meramente jurídico. Una de estas obligaciones es justamente la de investigar, juzgar y sancionar a quienes han cometido crímenes que atentan gravemente contra los derechos humanos. Al respecto, Karen Engle (2015) ha sostenido que:

“Judicial and quasi judicial human rights bodies, international and regional human rights institutions, and international human rights law scholars have largely concluded that states are responsible for criminally investigating, prosecuting, and punishing individuals who commit war crimes, crimes against humanity, and genocide, as well as other ‘serious’ human rights violations.”
(p. 1070)

Ahora bien, en el marco del derecho internacional, pueden encontrarse distintas posturas con relación al alcance de este deber: una restrictiva, una intermedia y una amplia. (Uprimny, Sánchez & Sánchez, 2013, pp. 32 - 44). Para la postura restrictiva, aquel deber solo opera frente a graves violaciones a los derechos humanos, esto es, el genocidio, la tortura, el *apartheid*, las desapariciones forzadas, las graves infracciones al DIH, pero tan sólo en los conflictos armados internacionales y los actos de violencia contra la mujer. Por su parte, la interpretación intermedia reclama la inclusión de todas las graves violaciones de los derechos humanos que constituyan crímenes internacionales, es decir, crímenes de guerra cometidos en cualquier tipo de conflicto armado y los crímenes de lesa humanidad. Por último, la postura amplia sostiene que este deber de investigar, juzgar y sancionar se

dirige a todas las graves violaciones de los derechos humanos, a pesar de que no alcancen la denominación de crímenes internacionales.

Sin embargo, parece necesario distinguir el alcance de esta obligación en al menos dos escenarios: i) los tiempos de normalidad política o jurídica; ii) los contextos transicionales. En este sentido, se desarrollará, en una primera parte, el alcance a los estándares internacionales existentes en el DIDDHH, esto es, tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos, incluyendo algunos instrumentos de *soft law*, como a los estándares creados en el marco del SIDDHH, teniendo en cuenta la jurisprudencia que se ha vertido al respecto. En una segunda parte, se hará mención a las disposiciones existentes en el DIH y en el DPI sobre el alcance de dicha obligación de investigar, juzgar y sancionar. Por último, se hará mayor énfasis en la obligación de sancionar, teniendo en cuenta la excepcionalidad de los contextos de transición.

2.1.La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el DIDDHH

2.1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos

En primer lugar, debe precisarse que no existe ningún instrumento internacional en el que se establezca claramente el contenido de este deber. Por tal razón, resulta indispensable rastrear en diversos tratados referencias a esta obligación a cargo de los Estados. En este orden de ideas, el deber de investigar, juzgar y sancionar por parte de los Estados se encuentra previsto *grosso modo* en los siguientes instrumentos:

- a. Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948).** El artículo primero de esta Convención señala que el genocidio es un delito de derecho internacional, bien sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra y que los Estados parte se comprometen a prevenirlo y a sancionarlo. Adicionalmente, esta Convención establece que las personas responsables de cometer genocidio o actos conexos “(...) serán castigadas (...)” (1948, art. 4.º) y juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional respecto a aquellas partes que hayan reconocido su jurisdicción (1948, art. 6. º). En cuanto a la sanción a imponerse por la comisión de esta grave conducta, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio establece que las partes se comprometen a “(...) establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio (...)” (1948, art. 5. º)
- b. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006).** Esta Convención precisa que los Estados deben “(...) tomar las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a. toda persona que cometa, ordene o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma (...)” (2006, art. 6. º), así como a toda persona que resulte penalmente responsable de una desaparición forzada, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad superior. Con todo, las sanciones a imponer por la comisión del delito de desaparición forzada no están determinadas de manera precisa, sino que dicha Convención señala que los “(...) Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad.” (2006, art. 7. º)

- c. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984).** A través de esta Convención, se consagra que “(...) todo Estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal (...) y castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad. (1984, art. 4. °). Más aún, esta Convención prescribe que, cuando haya motivos razonables para creer que dentro de la jurisdicción de un Estado se ha cometido un acto de tortura, las autoridades deben proceder a iniciar una investigación pronta e imparcial sobre los hechos. (1984, art. 12)
- d. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del crimen de Apartheid (1973).** Finalmente, este instrumento internacional prevé que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar a las personas responsables o acusadas de cometer algún acto denotativo del crimen del *apartheid* (1973, art. 4. °).

2.1.2. Instrumentos de *soft law* a nivel internacional

Además de los instrumentos internacionales de carácter vinculante, existen algunos otros referentes a nivel internacional que aportan elementos interpretativos en relación con la obligación a cargo de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, aun cuando no tengan la misma fuerza vinculante con respecto al accionar estatal. En este sentido, por ejemplo:

- a. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias** (Consejo Económico y Social de la ONU, 1989). En términos generales, esta serie de parámetros sostienen que las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias, siendo delito de especial gravedad, deben ser sancionables con penas adecuadas a la gravedad del delito.
- b. Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (2005).** En el marco de estos principios, se establecen algunos de los deberes de los Estados en materia de administración de justicia, dentro de los cuales pueden destacarse la necesidad de emprender “(...) investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente.” (Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 2005, principio 19)

En este mismo sentido, este conjunto de principios también señalan algunas restricciones en relación con la posibilidad de otorgar beneficios judiciales o amnistías para los autores de delitos graves conforme al derecho internacional. Según lo prescriben estos principios relativos a la protección y la promoción de los derechos humanos, los responsables de delitos no podrán beneficiarse de amnistías o beneficios judiciales mientras el Estado no cumpla con sus obligaciones de investigar, juzgar y sancionar o en tanto que los autores no hayan sido sometidos a un juicio ante un tribunal competente, el cual puede ser internacional,

internacionalizado o nacional (Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 2005, principio 24).

2.2. La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el SIDDHH

Así como en el Sistema Universal de los Derechos Humanos no se encuentra ninguna disposición específica en torno a la obligación de investigar, juzgar y sancionar con pena privativa de la libertad los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y el delito de genocidio, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 tampoco tiene prescripciones específicas en esta materia (Gutierrez, 2014, pp. 31 - 32). No obstante, las siguientes normas que hacen parte del *corpus iuris interamericano* sí contienen algunas disposiciones que forman parte del contenido de aquel deber.

- a. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).** Este instrumento internacional establece que “(...) los Estados partes tomarán las medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura (...) y se asegurarán de que todos los actos de tortura los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.” (1985, art 6. °)

- b. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994).** Igualmente, esta Convención prevé que los Estados deben

“(…) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (…)” (1994, art. 7. °)

c. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994).

Finalmente, este instrumento interamericano consagra la obligación que tienen los Estados partes de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas y a imponer una pena apropiada, de acuerdo a la extrema gravedad de esta conducta (1994, art. 3. °).

2.2.1. Desarrollo en la jurisprudencia de la CIDH

Como se dijo anteriormente, no existe en la Convención Americana de Derechos Humanos una disposición explícita que consagre el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, desde sus primeras sentencias, la CIDH interpretó que este deber emanaba del artículo 1.1 de la Convención interamericana de derechos humanos. En efecto, en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana sostuvo que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988, párr. 164-166)

Más adelante, el Tribunal Interamericano encontraría una estrecha relación entre aquella obligación y los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (recurso judicial efectivo) del Pacto de San José. Así, por ejemplo, en el caso *Durand y Ugarte*, la Corte manifestó que estas disposiciones normativas le conferían a los familiares de las víctimas el derecho a que la

desaparición y muerte de sus seres queridos fueran efectivamente investigadas por las autoridades, a que se procesara a los responsables y, de ser el caso, se les impusiera las sanciones respectivas y se repararan los daños ocasionados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000). De esta manera la jurisprudencia interamericana fue estableciendo paulatinamente que la obligación de investigar, juzgar y sancionar constituía una base fundamental para superar las condiciones estructurales de impunidad⁷ que aquejaban a varios países de la región cuya situación no necesariamente correspondía a contextos de transición. Quiere lo anterior decir que la obligación mencionada traduce una especie de lucha contra la impunidad que, de llegar a obviarse, estaría propiciando la comisión de nuevas violaciones a los derechos humanos.

En estas circunstancias, resulta claro que el deber de investigar, juzgar y sancionar es, de un lado, convencional, pese a no estar expresamente consignado de esa manera, mientras que, de otro lado, es una obligación que le asiste a los Estados en todo momento, tanto en época de transición como en circunstancias de normalidad. De hecho, la CIDH ha aclarado que la existencia de circunstancias graves de violencia no pueden ser un obstáculo para que el Estado ponga a funcionar su aparato judicial para que se investigue, juzgue y sancione las graves violaciones a los derechos humano (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 300).⁸ A pesar de que la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos no tiene excepciones, el Tribunal Interamericano ha abordado varios dilemas en torno a la vigencia y aplicación efectiva de tal obligación en

⁷ A juicio de la Corte Interamericana, la impunidad es “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, párr. 173).

⁸ Específicamente, la CIDH afirmó en esta sentencia que “(...) reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país no liberan a un Estado parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en el tratado” (2006, párr. 300).

contextos de justicia transicional, bien sea que se haya tratado del tránsito hacia formas de gobierno más democráticos (Perú, Uruguay, Chile) o de transiciones para poner fin a conflictos armados (Guatemala, El Salvador, Colombia).

Justamente, una de las situaciones que ha tenido que estudiar la CIDH ha sido la promulgación de leyes de punto final o de amnistía que fueron proferidas en distintos países con el fin de hacer tránsito hacia la democracia y dejar atrás las situaciones de graves violaciones a los derechos humanos. En todas las ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia interamericana sostuvo que esta clase de normas eran contrarias al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que implicaban una clara transgresión a la obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

En el caso *Barrios Altos vs Perú* (2001), por ejemplo, la jurisprudencia interamericana se refirió a la incompatibilidad existente entre las leyes de “auto-amnistía” dictadas en 1995, considerando que pretendían impedir la investigación y sanción de los responsables de delitos atroces tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas. Más adelante, el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* (2006) le permitió a la Corte Interamericana efectuar algunos razonamientos adicionales en torno a la calificación de la ejecución extrajudicial de la víctima como un crimen de lesa humanidad, lo cual le condujo a la conclusión que esta clase de delitos no pueden en ninguna circunstancia ser objeto de amnistías.

En el *Caso Gelman vs Uruguay* (2011), la Corte efectuó algunas precisiones adicionales. En efecto, en este caso, estaba de por medio la convencionalidad de una Ley de Uruguay que impedía la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos

cometidas por funcionarios militares y policiales en la época de la dictadura militar y la operación cóndor. Esta Ley había sido aprobada en un régimen ya democrático y además, había sido respaldada en las urnas por la ciudadanía en dos ocasiones. No obstante, en su sentencia, la CIDH⁹ encontró la manifiesta incompatibilidad entre dicha norma y la Convención Americana y sostuvo expresamente que:

“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (2011, párr. 193)

Hasta ese momento, la Corte solo se había ocupado de las situaciones de algunos países que habían salido de regímenes dictatoriales e hicieron tránsito hacia formas de gobierno más democráticas. Sin embargo, el *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012) supuso la oportunidad para que el Tribunal Interamericano se ocupara de

⁹ En este caso, la jurisprudencia interamericana sostuvo literalmente que tal y como “(...) ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad (...) ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referida a la desaparición forzada de María Claudia García y María Macarena Gelman”(2012, párr. 230).

analizar la procedencia o no de amnistías en contextos de justicia transicional negociada, luego de la existencia de un conflicto armado interno. En esa ocasión, el Salvador había proferido una ley de amnistía general que, a juicio de la jurisprudencia interamericana, tuvo como consecuencia la impunidad total de graves violaciones a los derechos humanos. Por tal razón, la CIDH concluyó que dicha norma era contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de lo anterior, para llegar a tal determinación, la jurisprudencia interamericana se valió de otros instrumentos internacionales como el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, que en su artículo 6.5 contempla la posibilidad que tienen los Estados para que al finalizar las hostilidades concedan la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado. Dicho de otro modo, el *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012) no implicó desechar totalmente la posibilidad de utilizar amnistías con el propósito de salir de un conflicto armado y transitar hacia la paz, pero sí realizó importantes precisiones y delimitaciones en torno a la utilización de tal figura. Es así como reiteró el carácter inadmisibles de las amnistías a la luz de la Convención, así como las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las más graves violaciones a los derechos humanos.

A través de este mismo caso, la jurisprudencia interamericana especificó que las amnistías previstas en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra se refieren 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 Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párr. 284).

Ahora bien, además del contenido mismo de la sentencia, resulta inexorable hacer mención al voto concurrente del juez Diego García Sayán y que suscribieron otros jueces de la época, que a decir de algunos autores, se trata de un “(…) documento de diez páginas [que] podría ser considerado, sin querer exagerar, como el texto más importante que sobre la materia se ha publicado en los últimos tiempos” (Gutierrez, 2014, p. 46). En aquel voto concurrente se hace explícito que “(…) no existe en el derecho internacional positivo una norma a través de la cual se haya proscrito explícitamente todo tipo de amnistía” (2012, párr. 18), pero que éstas no pueden abarcar crímenes de guerra, ni de lesa humanidad, por cuanto la investigación y juzgamiento de los mismos constituyen imperativos para los Estados por parte del derecho internacional.

De esta manera, el caso de la masacre de *El Mozote* se convirtió en un importante precedente acerca de la convencionalidad o no de leyes de amnistías que fueran proferidas en el marco de las fórmulas transicionales concernientes a situaciones en que los Estados pretendieran salir de un conflicto armado. Tan es así que Colombia, en su *Acuerdo final para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*, cita de manera textual un aparte del voto mencionado anteriormente. Ciertamente, el punto 5 del *Acuerdo* explicitó el siguiente texto:

“Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 143)

Lo anterior evidencia el consenso que finalmente alcanzaron los negociadores de ambas partes del *Acuerdo* frente al reconocimiento de estándares y obligaciones internacionales de obligatorio acatamiento por parte del Estado colombiano, aun cuando, al considerarse a la paz como valor supremo, ambas partes también reconocen que “el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de derechos.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 144)

Así las cosas, es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido que ocuparse de precisar la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos en todo tiempo y lugar, así como de interpretarla en contextos transicionales cuyo rasgo más característico consiste en hacer patente el dilema que existe entre privilegiar la paz o la justicia. Con todo, la jurisprudencia interamericana no ha proscrito que para conseguir la paz puede recurrirse a figuras como las amnistías o indultos. *Contrario sensu*, el Tribunal Interamericano ha procurado hallar un equilibrio entre estos instrumentos de naturaleza transicional y la preservación del deber de investigar, juzgar y sancionar aquellos delitos que por su extrema gravedad no pudieran ser

objeto de perdón y olvido, esto es, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, entre otros.

De acuerdo a todo lo anterior, resulta importante destacar que, si bien la obligación que le asiste a los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos no está expresamente contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido importante el desarrollo y la interpretación que ha dado la CIDH sobre este punto con el fin de entender esta obligación como parte de los derechos contenidos en los artículos 8, 25 y 1.1. de aquel instrumento interamericano. Más aún, ha sido trascendental la interpretación que ha hecho alrededor de la tensión existente entre figuras propias de la JT y el deber de investigar, juzgar y sancionar a cargo de los Estados, para lo cual, como quedó en evidencia, el Tribunal debió recurrir a otros instrumentos internacionales del DIH y el DIP para realizar una comprensión armónica de las obligaciones internacionales de los Estados.

2.3. La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el DIH

Resulta esperable que el Derecho Internacional Humanitario, atinente a las reglas mínimas que deben seguir los fenómenos generalizados de violencia como los conflictos armados, aborde el deber que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a las restricciones básicas que tiene el ejercicio de la violencia. En efecto, puede decirse que dicho compendio de normas prescribe esta obligación a través de los siguientes referentes:

a. Convenios de Ginebra de 1949. El artículo 49 del Convenio I de Ginebra concerniente a aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (1949) y el artículo 50 del Convenio II de Ginebra correspondiente a aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (1949) establecen que “(...) las altas partes contratantes se comprometen 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 (...)”. Esta obligación, por ende, se traduce en el imperativo de buscar a las personas que han sido acusadas de haber cometido infracciones graves al DIH, hacerlas comparecer ante tribunales o entregarlas para que sean juzgadas por otra parte interesada.

Así mismo, el artículo 129 del Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949) y el artículo 146 del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) disponen que las partes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones para las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, cualquiera de las infracciones a estos Convenios.

No obstante lo anterior, existe dentro del DIH una importante disposición acerca de la posibilidad que tienen los Estados de conceder amnistías al final de las hostilidades entre dos o más partes en conflicto. Este es el artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los

Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977) cuyo tenor es el siguiente:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”. (1977, art. 6)

En relación con este aspecto del DIH, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha precisado más detalladamente que: “(...) cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de la libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello.” (Subrayado fuera de texto) (Henckaerts *et al*, 2007, p. 691)

2.4.La obligación de investigar, juzgar y sancionar en el DPI

Si bien es cierto que dentro del articulado del Estatuto de Roma (1998) no existe de manera expresa la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos que sean crímenes internacionales, el preámbulo del mencionado instrumento sí presenta algunas alusiones encaminadas a establecer este deber. En este sentido, como bien lo arguye Uprimny (2013), “(...) existe un reconocimiento del Estatuto de Roma como fuente convencional de tal deber, así como la existencia de una costumbre internacional que obligaría los Estados a investigar, juzgar y sancionar todas las

graves violaciones de Derechos Humanos que constituyan crímenes internacionales” (p. 36). Afirmaciones como las siguientes al interior del preámbulo del Estatuto de Roma evidencian esta situación:

“Los Estados Partes en el presente Estatuto:

(...)

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. (...)” (1998)

Siendo así las cosas, las amnistías en blanco o incondicionadas para las conductas de notoria relevancia y gravedad a la luz del DPI no serían admisibles jurídicamente para los Estados signatarios del Estatuto, aun cuando se otorguen en el marco de escenarios extraordinarios relacionados con las experiencias de transición política (Ambos, 2013, pp. 422 – 424). Lo anterior, entre otras cosas, puesto que la obligación que se sigue de este parámetro internacional de justicia retributiva supone que los Estados deben investigar, juzgar y sancionar de manera imparcial las conductas de competencia de la Corte Penal Internacional cuya ocurrencia importa al pleno de la comunidad internacional y no solamente a cada sociedad en particular. De lo contrario, la Corte Penal Internacional, en virtud de la naturaleza complementaria de su funcionamiento, podría adelantar directamente el juzgamiento y sanción de estos actos si el Estado bajo cuya jurisdicción se

cometieron dichos crímenes no quiere o no puede juzgar y castigar estas conductas de notoria importancia para la humanidad en general (Cryer, Friman, Robinson, & Wilmschurst, 2007, pp. 153 - 158).

2.5. Los estándares internacionales de sanción para tiempos de transición

De los estándares internacionales descritos anteriormente, puede preguntarse si la obligación de perseguir y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH exige indefectiblemente la imposición de un castigo determinado y si esta sanción debe corresponder necesariamente a la privación de la libertad. Más aún, podría preguntarse si puede recurrirse a penas distintas que sean mucho más acordes a las necesidades propias que imponen ciertos contextos, por ejemplo, aquellos que tienen lugar con ocasión de los procesos transicionales. Al respecto, puede afirmarse que no existe un “estándar absoluto, una norma rígida o un modelo estricto en esta materia” (Fajardo, 2016) por ello la imposición de una sanción específica para los casos de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, incluyendo aquellos escenarios extraordinarios en que opera la JT. En pocas palabras, como argumenta Arango (2016), “(...) no existe antecedente que exija cárcel por graves delitos contra los derechos humanos”, particularmente en situaciones de transición en las que se debe tener la prudencia suficiente para saber ponderar derechos tan importantes como la paz y la justicia.

No obstante, parece haber ciertos límites a la discrecionalidad que le asiste al Estado en circunstancias excepcionales de transición, siendo uno de ellos la imposibilidad de

conceder amnistías por delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos. Entonces, aun cuando resulta claro que no pueden amnistiarse ciertos crímenes de carácter internacional, sí podrían darse sanciones menos drásticas con ocasión de ciertas circunstancias extraordinarias, especialmente si, por ejemplo, estas sanciones están acompañadas de un mayor contenido de verdad y de reparación por los daños causados. En este sentido nos encontramos frente a la inexistencia total de algún modelo o norma predeterminada frente a este tema, puesto que ninguna disposición internacional obliga a los Estados a tener como sanción única y exclusivamente la pena privativa de la libertad frente a las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH. Lo anterior, especialmente en circunstancias excepcionales de transición, ya que, en estos casos, la pretensión de sancionar de la forma más drástica a los responsables de graves abusos debe moldearse sustancialmente ante la posibilidad de poner en riesgo la paz y la estabilidad alcanzadas tras superar un estado de violencia a gran escala (Moghalu, K. C., 2009, p. 71)

3. LAS SANCIONES PROPIAS DE LA JEP Y EL SIVJRNR

El Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2016) establece un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición que está compuesto por una serie de instituciones jurídicas y políticas de vocación transicional. Estas instituciones son: la Comisión para el Esclarecimiento de la

Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, la Jurisdicción Especial para la Paz y las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las Garantías de no repetición (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 129 - 130).

A pesar de la variedad de mecanismos de transición diseñados, todo el SIVJRNR se desarrolla bajo principios directamente relacionados con el carácter central de las víctimas y la satisfacción de sus derechos (Barbosa, 2017, pp. 145 – 154), toda vez que este diseño persigue el reconocimiento de éstas al consagrar: por una parte, el derecho a la verdad plena y a la reparación por lo sucedido en el conflicto armado y, por otra parte, al propender por el reconocimiento o declaración de responsabilidad de quienes participaron en el conflicto e incurrieron en diversos actos delictivos en contra de las víctimas. En este sentido, puede decirse que todo el *Acuerdo*, pero particularmente el tema relacionado con los derechos de las víctimas, tiene el propósito de terminar definitivamente con el conflicto armado, tratando al mismo tiempo de aplicar el mayor grado posible de justicia en favor de las víctimas.

Dentro del componente de verdad, se diseñó la Comisión de la Verdad y la Reconciliación cuyo mandato consiste, entre otras cosas, en esclarecer y promover el reconocimiento de las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, así como el contexto histórico, los orígenes y las múltiples causas que dieron origen al conflicto armado. (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, p. 121). Dentro del componente de justicia, por otra parte, se creó la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) que tendrá competencia para investigar a todo aquel que haya cometido algún delito en el

marco y con ocasión del conflicto armado.¹⁰ Ahora bien, estos dos aspectos del SIVJRR son complementados por la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, Medidas de reparación y las Garantías de no repetición. Así las cosas, el SIVJRR establece una fórmula de JT que está constituida por múltiples instrumentos de transición que son complementarios entre sí, aun cuando la JEP tiene un papel preponderante.

3.1. El modelo de justicia al interior de SIVRR

Lo primero que debe señalarse con relación a la JEP es que ésta reviste tres características fundamentales: (i) Es un mecanismo centrado en la condicionalidad; (ii) Incentiva el reconocimiento de responsabilidad penal y (iii) se trata de una jurisdicción orientada y ordenada a impedir la impunidad de los delitos atribuidos a las partes involucradas en el conflicto armado interno colombiano. Bajo estas condiciones, la JEP constituye el instrumento central del SIVJRR para lograr la satisfacción de los derechos de las víctimas en el mayor grado posible. Dicha jurisdicción, ejerciendo sus funciones con plena autonomía y en forma preferente respecto de la investigación de conductas cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo, está conformada por los siguientes órganos: i) Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas; ii) el Tribunal para la paz; iii) Sala de Amnistía o indulto; iv) Sala de definición de situaciones jurídicas; v) Unidad de investigación y acusación; vi) Secretaría. (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 152 - 153). En efecto, el

¹⁰ Frente a estas dos aristas del SIVJRR, uno de los aspectos que ha generado mayores discusiones tiene que ver con la imposibilidad de que la información que reciba o produzca la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de pueda ser trasladada a autoridades judiciales para atribuir responsabilidades judiciales o para que tengan valor probatorio en tales escenarios.

Acuerdo establece una verdadera estructura judicial, constituida por diversas salas y organismos que tienen funciones específicas y diferenciadas.

A pesar de la complejidad en su estructura, la JEP está diseñada sobre la base de dos hipótesis generales de actuación: de un lado, en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad; de otro lado, en caso de ausencia reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 152). Así las cosas, el funcionamiento de la JEP tiene lugar de forma proporcional al reconocimiento y grado de contribución con el esclarecimiento de la verdad que muestren las personas acusadas, de modo que entre mayor colaboración por parte del victimario mayores serán los beneficios a obtener de la JEP (Uprimny & Güiza, 2016b).

3.2. Amnistías e indultos y criterios de conexidad

En atención a lo dispuesto por el DIH para facilitar la superación de los conflictos armados, el SIVJRNR se ha erigido sobre la base de garantizar en la mayor medida de lo posible el otorgamiento de amnistías en relación con los responsables de delitos políticos y actos punibles conexos a los delitos políticos, ocurridos en el marco del conflicto armado colombiano y en desarrollo de los actos propios de rebelión (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 147 y 150). En este orden de ideas, la JEP hace *a grosso modo* una importante escisión: por una parte, el tratamiento de conductas susceptibles de amnistía o indulto; por otra parte, el tratamiento de conductas que no son susceptibles de amnistía o indulto. En este contexto, la concesión de amnistías e indultos quedó determinada en concordancia con lo estipulado por el Protocolo II de los Convenios de

Ginebra del cual Colombia es Estado Parte, de modo que el Estado colombiano se obliga a brindar la amnistía más amplia posible para personas que hayan sido parte del conflicto. En pocas palabras, la fórmula de JT adoptada ha precisado que serán objeto de amnistías e indultos “(...) aquellos delitos políticos y conexos cometidos en el desarrollo de la rebelión por las personas que formen parte de los grupos rebeldes con los cuales se firme un acuerdo de paz”¹¹ (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 150).

Frente a este aspecto, la JEP maneja dos criterios que rigen la conexidad de las distintas conductas punibles con el delito político. Por una parte, el primer criterio de carácter incluyente recoge todas aquellas conductas delictivas que: 1. Hayan tenido lugar con ocasión del conflicto armado y en desarrollo de la rebelión, 2. Hayan tenido por sujeto pasivo de la conducta al Estado y a su régimen constitucional, 3. Se hayan realizado con el fin de promover el desarrollo de la rebelión, entendiéndose por ese tipo de conductas aquellos comportamientos dirigidos a financiar la rebelión y que no implicaron un enriquecimiento personal, siempre que no constituyan crímenes de lesa humanidad, graves crímenes de guerra o genocidio (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 151 y ss). Por otra parte, el segundo criterio tiene, por el contrario, un carácter restrictivo, debido a que excluye ciertos crímenes que no son susceptibles de amnistía en el marco de la fórmula de JT pactada entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP. Expresamente, este criterio señala que no pueden ser objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes:

¹¹ Ya que la Constitución Política de 1991 sólo permite la amnistía de delitos políticos y conexos con éste, se llevará a cabo una Ley de Amnistía en la cual se determinará de manera concisa los delitos que serán objeto de amnistías e indultos y sus respectivos criterios de conexidad. En materia de conexidad para delitos referentes a cultivos ilícitos, se tendrán en cuenta aquellos criterios manifestados con anterioridad por la jurisprudencia colombiana, teniendo como referente la aplicación del principio de favorabilidad.

- a. (...) los delitos de lesa humanidad, 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 el reclutamiento de menores (...)” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 151).
- b. Aquellas conductas que constituyan un delito común, puesto que carecen de relación alguna con el conflicto armado (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 152).

No obstante, el diseño de la JEP precisó que la determinación concreta de la conexidad de una conducta con el delito político para efectos de otorgar amnistías o indultos será tarea de la Sala de Amnistías e Indulto con base en los criterios de conexidad establecidos y en atención a la particularidad de cada caso. De todas formas, el eventual otorgamiento de una amnistía no supone para el beneficiario de ésta la posibilidad de incumplir con la obligación de reparar a las víctimas, así como tampoco lo exonera de todas las otras obligaciones que emanan del SIJVRNR.

3.3. Las sanciones para las conductas no susceptibles de amnistía o indulto

Dadas estas circunstancias, algunos actos delictivos, dada su total desvinculación del conflicto armado o su gravedad y relevancia, no podrían ser beneficiados por el diseño del SIJVRNR con medidas de amnistía o indulto (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 151), de modo que para estos casos subsiste el deber de investigar,

juzgar y sancionar a los responsables de la conducta punible desplegada. Para estos casos, entonces, la JEP se ha concebido como el mecanismo judicial, adoptado por el Gobierno colombiano y las FARC-EP, para “(...) administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 129), de manera proporcional al reconocimiento de responsabilidad y grado de contribución con el esclarecimiento de la verdad que muestren las personas acusadas.

A propósito de estos delitos que, estando relacionados con el conflicto armado, no son susceptibles de amnistía o beneficios equiparables, el diseño de la Jurisdicción Especial para la Paz ha reservado tres tipos de sanción cuya aplicación depende directamente del grado de colaboración que demuestren los responsables de estos crímenes de notoria trascendencia y gravedad. En este sentido, la operación de esta Jurisdicción supone tres escenarios claramente definidos en relación con los crímenes de especial gravedad y representatividad (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 171-175): por una parte, el juzgamiento y la imposición de sanciones ordinarias, consistentes en penas privativas de la libertad entre los 15 y los 20 años, cuando los involucrados en estos delitos no susceptibles de amnistía se nieguen a colaborar y a reconocer su responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz; por otra parte, el juzgamiento y la imposición de sanciones alternativas, consistentes en penas privativas de la libertad entre los 5 y 8 años, respecto de los involucrados en crímenes de especial gravedad que colaboren y reconozcan tardíamente su responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz; finalmente, el juzgamiento y la imposición de sanciones propias, consistentes en sanciones restrictivas de

la libertad, respecto de las personas que, siendo responsables de crímenes no susceptibles de amnistía o indulto, colaboren y reconozcan su responsabilidad de manera temprana ante la JEP. Dichas sanciones restrictivas de la libertad suponen la imposibilidad de movilizarse por fuera de ciertos perímetros cuya extensión puede abarcar máximo el equivalente a las denominadas Zonas Veredales Transitorias de Normalización.¹² Así las cosas, pueden distinguirse tres tipos de sanción al interior de la JEP: las sanciones ordinarias relacionadas con la ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad; las sanciones alternativas vinculadas al reconocimiento tardío de verdad y responsabilidad; y las sanciones propias relativas al reconocimiento temprano de verdad y responsabilidad.

Sin embargo, estas últimas medidas sancionatorias menos drásticas en términos cualitativos seguirían siendo una expresión retributiva de notable importancia si se tiene en cuenta que el tipo de libertades afectadas por las sanciones propias, como la libertad de locomoción y residencia, constituyen bienes primarios. Mejor dicho, condiciones sin las cuales no es posible concebir un proyecto de vida individual en el marco de cualquier comunidad política, de acuerdo con Rawls (1982, pp. 164 – 167). En pocas palabras, la imposición de castigos como la restricción efectiva de la libertad supone la afectación de una de las expresiones primordiales de la autonomía humana. De acuerdo a esta distinción conceptual, una persona que, estando relacionada con los más graves crímenes en el contexto del conflicto armado, contribuya con el esclarecimiento de la verdad y acepte su responsabilidad de manera temprana sería castigado con la restricción efectiva de su

¹² Los límites de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización “(...) corresponden a los de la vereda donde se ubican; pudiendo ser ampliados o reducidos por mutuo acuerdo dependiendo del tamaño de la vereda donde se ubican, tienen una extensión razonable que permite el monitoreo y verificación por parte del MM&V y el cumplimiento de los objetivos de las ZVTN, fijando como referente accidentes geográficos o características del terreno.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 62)

libertad al tiempo que cumple con actividades de carácter reparador como, por ejemplo, la ejecución de proyectos de limpieza y erradicación de explosivos, la reconstrucción de infraestructura o la erradicación de cultivos ilícitos.

En este sentido, el régimen sancionatorio de la JEP será administrado por el Tribunal para la Paz, de acuerdo con los siguientes criterios orientadores: el grado de verdad y colaboración otorgado por la persona, la gravedad de la conducta sancionada, el nivel de participación y de responsabilidad en la conducta sancionada y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y de no repetición (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 171). Por tal motivo, puede afirmarse que la fórmula empleada por la JEP “(...) no es puramente retributiva, con penas severas de cárcel, ni es tampoco una justicia exclusivamente restaurativa, que elimine el componente aflictivo y amnistíe crímenes atroces.” (Uprimny & Guiza, 2016b).

3.3.1. Medidas complementarias a la imposición de sanciones propias

Según lo estipulado el diseño de la JEP, las sanciones propias suponen también un contenido reparador y restaurativo, además de las restricciones con relación a la libertad de residencia y la libertad de locomoción. Así pues, sumado al hecho de garantizar la no repetición, las sanciones propias de la JEP tienen un componente reparador y restaurativo concreto. En efecto, quienes se someten a esta vía de reconocimiento temprano de verdad y responsabilidad pueden presentar un proyecto para realizar acciones positivas orientadas a la reparación y restauración, indicando de forma precisa de sus “(...) obligaciones, objetivos, fases temporales, horarios y lugares de ejecución, así como las personas que los

ejecutarán y el lugar donde residirán” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 172)

En estas circunstancias, el régimen sancionatorio de la JEP establece diversas actividades, trabajos u obras que pueden complementar la aplicación de las medidas restrictivas de la libertad correspondientes a las sanciones propias de la JEP. Así pues, dichas medidas adicionales se aplicarían únicamente para a aquellas personas que hayan contribuido tempranamente con la construcción de la verdad exhaustiva y con el reconocimiento de responsabilidad en actividades relacionadas con el conflicto armado. En este sentido, dichas actividades complementarias se determinan con base en si se trata de trabajo en zonas rurales o urbanas, al que si se trata de las actividades o trabajos de limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonal de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos (Bernal et al, 2016, p. 210)

Con relación a las zonas urbanas, los trabajos, obras y actividades complementarias a las medidas restrictivas de la libertad de la JEP que pueden tener lugar son los siguientes:

- “1. Participación/Ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados.
2. Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva.
3. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de Infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.
4. Participación/Ejecución de programas de Desarrollo rural.
5. Participación/Ejecución de programas de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello.

6. Participación/Ejecución de programas de mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas.
7. Participación/Ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso ilícito.
8. Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.
9. Participación/Ejecución de programas de Construcción y mejora de las infraestructuras viales necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 173 – 174).

Respecto de las zonas urbanas, los trabajos, obras y actividades que pueden tener lugar de manera complementaria a las medidas restrictivas de la libertad de la JEP son los siguientes:

- “1. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de Infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.
2. Participación/Ejecución de programas de Desarrollo urbano.
3. Participación/Ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 174)

A propósito de las medidas complementarias de limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonales, finalmente, las actividades, trabajos u obras pueden corresponder a las siguientes posibilidades:

- “1. Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra y municiones sin explotar.
2. Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de Minas antipersonal y artefactos explosivos improvisados.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 174)

En conclusión, la imposición de sanciones propias no se limita únicamente a la restricción efectiva de la libertad en áreas cuya extensión tiene restricciones específicas que permiten el monitoreo y verificación del cumplimiento de la sanción, sino que también involucra actividades complementarias de naturaleza reparadora y restaurativa. Dicho de otro modo, el beneficio otorgado a las personas que colaboren a la JEP al reconocer verdad y responsabilidad por delitos no susceptibles de amnistía o indulto consiste en una medida sancionatoria menos drástica en términos cualitativos, pero complementada por otras medidas que están dirigidas a reparar y restaurar a las víctimas del conflicto armado, bajo condiciones estrictas concernientes al cumplimiento de horarios, obligaciones concretas, fases de ejecución, entre otras.

3.4. Mecanismos adicionales de reparación y restauración en el SIVJRNR

Además de las medidas complementarias a las sanciones propias de la JEP, el *Acuerdo* incluye varios compromisos adicionales que pretenden por la restauración y reparación de las víctimas del conflicto armado. En otras palabras:

“[u]na de las novedades de la reparación es que su existencia no procede solamente producto de la imposición de sanciones por parte de la jurisdicción, sino que se establecieron varios mecanismos de reparación (...) [p]or ello, el acuerdo establece el compromiso de las partes de estructurar diversos procesos que se dirigen a mejorar la condición de las víctimas del conflicto en el país.”
(Barbosa, 2017, p. 254)

Dichos compromisos incorporan una amplia gama de perspectivas relativas a la índole de los daños causados en el marco del conflicto armado. Así las cosas, las medidas de

reparación y restauración abarcan aspectos tan diversos como el tratamiento del componente psicosocial de las víctimas, la restitución de tierras y la atención a las víctimas de desplazamiento forzado, entre otras. En este contexto, algunas de las medidas propuestas son las siguientes:

3.4.1. Actos tempranos de reconocimiento de responsabilidad colectiva

Con el fin de realizar de manera integral la reparación y la restauración de las víctimas, el SIVJNR ha establecido la necesidad de realizar actos de reconocimiento y construcción colectiva por parte del Gobierno colombiano, las FARC-EP y los diferentes sectores de la sociedad que hayan tenido responsabilidad en el conflicto armado. Dichos actos suponen que los actores del conflicto reconozcan su responsabilidad y pidan perdón por los daños causados en el marco del conflicto, comprometiéndose con acciones concretas de reparación integral, convivencia, no repetición y la realización de actos constructivos de paz en general. Así las cosas, estos actos de reconocimiento de responsabilidad y petición de perdón, además de colaborar con el esclarecimiento de la verdad del conflicto armado, persiguen resarcir en alguna medida los daños ocasionados por el conflicto.

En este orden ideas, estos actos tempranos de reconocimiento se traducen en manifestaciones formales, públicas y solemnes, contando con el apoyo implícito de entidades como la Conferencia Nacional Episcopal y su programa de Dialogo Intereclesial por la Paz (DIPAZ), de modo que se coordinen los procesos de diálogo con las organizaciones de víctimas junto con aquellas promotoras del respeto por los derechos humanos. Con lo anterior se persigue, entonces, la promoción de actos de reconocimiento de responsabilidad que respondan a las expectativas de las víctimas del conflicto y sus

respectivas comunidades, haciendo partícipes de tal manera a las víctimas en relación con el sentido de promover acciones de reconocimiento que pueden tener efectivamente un valor reparativo o restaurador por los daños causados. De ahí que pueda afirmarse el carácter participativo de estas medidas adicionales de reparación y restauración en consonancia con una de las más recurrentes discusiones al interior de la JT relativa al grado de participación de las víctimas en el diseño de los mecanismos de vocación transicional.

3.4.2. Acciones concretas de reparación

De acuerdo al diseño señalado por el SIVRNR, todos aquellos que hayan causado daños con ocasión del conflicto armado deben contribuir a repararlos a través de acciones concretas. Esa contribución se hace de manera tal que las acciones de reparación tienen un impacto en el tratamiento especial que pueden otorgar el ámbito judicial. En este contexto, el Estado colombiano asume el compromiso de diseñar las estrategias necesarias para facilitar la materialización de estas acciones reparadoras que contribuyen a la reparación de los daños causados por parte de los distintos actores del conflicto armado colombiano. En efecto, algunas de las actividades de reparación concreta descritas por el SIVRNR podrían consistir, al menos para el caso de las FARC-EP, en:

“(…) la participación en obras de reconstrucción de infraestructura en los territorios más afectados por el conflicto, la participación en los programas de limpieza y descontaminación de los territorios de minas antipersonal (MAP), artefactos explosivos improvisados (AEI) y municiones sin explotar (MUSE) o restos explosivos de guerra (REG), la participación en los programas de sustitución de cultivos de uso ilícito, la contribución a la búsqueda, ubicación, identificación y recuperación de restos de personas muertas o dadas por desaparecidas en el contexto y con ocasión del conflicto, y la participación en

programas de reparación del daño ambiental, como por ejemplo la reforestación.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 179)

Así las cosas, el SIVJNRN establece una oportunidad adicional para que los victimarios del conflicto armado puedan llevar a cabo actividades de vocación reparadora que constituyan un contribución a la paz y, al mismo tiempo, sean tenidas en cuenta a favor del victimario para acceder a tratamientos especiales por parte de la justicia en relación con sus conductas en el marco del conflicto armado.

3.4.3. Planes de reparación colectiva con enfoque territorial

En coordinación con las acciones concretas de reparación y con el fin de reconocer los daños causados por el conflicto a las comunidades, contribuyendo así a la transformación de las condiciones de vida de las víctimas del conflicto armado, el Gobierno colombiano se ha comprometido a fortalecer los procesos de reparación colectiva y territorial conforme las bases del *Acuerdo*. Para ese propósito, se ha previsto la implementación de unos Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial que incorporarán proyectos de reparación colectiva, basando su aplicación en la identificación de los territorios más afectados por el conflicto armado.

Estos planes reparación colectiva deben incorporar, de acuerdo al diseño del SIVJNRN: medidas materiales y simbólicas dirigidas a atender el daño; medidas de convivencia y reconciliación; medidas de articulación con los otros planes y programas de reparación acordados; planes de acción para la reparación colectiva; mecanismos de participación que permitan a la víctimas involucrarse en el diseño de los planes de reparación y medidas de

contribución a la reparación que permitan a los responsables de los daños causados participar en el diseño de las actividades de reparación colectiva (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 180).

3.4.4. Planes nacionales de reparación colectiva

Adicionalmente, los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial se complementan con la implementación de Planes nacionales de reparación colectiva por parte del Gobierno colombiano. Sin embargo, estos últimos están concebidos con un enfoque hacia los movimientos políticos y sociales victimizados en el contexto del conflicto armado como, por ejemplo, “(...) las organizaciones de mujeres, gremios económicos, sindicatos, organizaciones de derechos humanos, partidos y movimientos políticos y sociales, en particular los de oposición, organizaciones del sector religioso, entre otros, (...) (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, pp. 180 y 181)

En todo caso, estos Planes Nacionales de reparación colectiva no están dirigidos a resarcir a cualquier tipo de organización social o política, sino a aquellas que hayan sido tradicionalmente victimizadas en el contexto del conflicto armado interno y que, además, propendan por recuperar su identidad y potencial como organizaciones políticas y sociales. De esta manera, por ende, los Planes nacionales de reparación colectiva pretenden contribuir a la convivencia, la no repetición de los eventos del conflicto y la reconciliación.

3.3.5. Mecanismos de rehabilitación psicosocial

En virtud de que las secuelas de un conflicto armado no se agotan con los daños físicos y materiales que causa el ejercicio generalizado de la violencia, el SIVJNR, dada

precisamente su pretensión de integralidad, ha establecido algunos mecanismos de reparación o restauración de naturaleza psicosocial, ya sea a nivel individual o nivel colectivo y social.

3.3.5.1. Medidas de recuperación emocional a nivel individual

Desde el punto de vista individual, el SIVJRNR ha recogido el compromiso del Gobierno colombiano concerniente a la ampliación de la cobertura pública, el despliegue territorial y el mejoramiento de la calidad en la asistencia para la recuperación psicosocial de las víctimas del conflicto armado, de acuerdo al daño específico que hayan padecido, particularmente aquellas víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado. (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 181)

Para llevar a cabo este objetivo, se han planteado al menos tres compromisos concretos por parte del Gobierno colombiano: la multiplicación de los centros locales de atención a víctimas; el impulso de estrategias móviles para atender en términos psicosociales los lugares más apartados del territorio colombiano; y, finalmente, el fortalecimiento del acceso y los servicios de salud relativos a las víctimas del conflicto armado (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 181).

3.3.5.2. Plan de rehabilitación psicosocial para la convivencia y la no repetición

Además de las medidas de rehabilitación psicosocial de orden individual, el SIVJRNR ha establecido una serie de mecanismos para la rehabilitación psicosocial a nivel comunitario, en armonía con el funcionamiento de Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, con el fin de se logre reconstruir el tejido social

que ha sido afectado por el conflicto armado interno. Estas estrategias han sido diseñadas para desarrollarse a través de procesos comunitarios de mediano y largo plazo que permitan a las comunidades afectadas por el conflicto armado generar proyectos de vida futuros en común, fortalecer la confianza entre los ciudadanos, las instituciones y la comunidad en general, sembrando de tal manera las bases para una convivencia pacífica entre los distintos actores y víctimas del conflicto. Para tal efecto, el SIVJNRNR alude específicamente a las siguientes estrategias de rehabilitación psicosocial de carácter colectivo:

- “• Creación de espacios de diálogo comunitario y duelos colectivos que permitan la expresión individual y colectiva del sufrimiento.
- Recuperación y generación de prácticas sociales, culturales, artísticas, y de recreación y deporte asociadas al intercambio entre ciudadanos y la convivencia en las comunidades.
- Impulso de iniciativas locales dirigidas a la reconciliación, la dignificación y el reconocimiento.
- Reflexión sobre imaginarios colectivos de proyectos de vida futuros que permitan dotar de sentido transformador la reparación y lograr una convivencia pacífica.
- Creación de escenarios de pedagogía para que se fortalezca el rechazo social a las violaciones e infracciones ocurridas en el pasado alentando la transformación de imaginarios que los permitieron o justificaron.
- Recuperación de prácticas sociales abandonadas como efecto del conflicto.
- Promoción de pactos de convivencia pacífica al interior de las comunidades, que incluyan a las víctimas y a quienes hayan podido tener participación directa o indirecta en el conflicto así como de procesos de construcción de confianza entre las autoridades públicas y las comunidades.
- Estrategias para la reconstrucción de los vínculos familiares afectados con ocasión del conflicto que, respetando las especificidades religiosas, étnicas y culturales y bajo el principio de la no discriminación, busquen que las víctimas recuperen su entorno y sus lazos de afecto, solidaridad, respeto y

asistencia.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 182)

Mediante este tipo de estrategias, por lo tanto el SIVJNR persigue no solamente la reconciliación y la rehabilitación psicosocial de las víctimas, sino también el establecimiento de unas condiciones para la convivencia pacífica y, por ende, para la no repetición de las atrocidades del conflicto armado.

3.3.6. Retorno de víctimas de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior

Resulta irrefutable el hecho de que una de las más graves consecuencias del conflicto armado interno en Colombia ha sido la generación de una situación de desplazamiento forzado de proporciones masivas (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pp. 295 y ss.). Por tal motivo, el SIVJNR ha previsto la puesta en marcha “(...) programas colectivos con enfoque territorial y de género, específicos de retorno y reubicación de personas en situación de desplazamiento (...)” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 182), en circunstancias que garanticen la seguridad, dignidad y voluntariedad del retorno. Ahora bien, estos programas colectivos a cargo del Gobierno colombiano deben ser formulados de forma tal que puedan articularse a nivel territorial con la implementación de otros componentes de la Política de Reparación de Víctimas, en los casos en los que haya lugar a ello, particularmente aquellos aspectos relativos a la Reforma Rural Integral que desarrolla el primer punto del *Acuerdo*.

Igualmente, el SIVJNR ha abordado otra arista asociada a esta misma consecuencia del conflicto armado: la situación de refugio y exilio de un gran número de colombianos como

consecuencia del conflicto armado. En este aspecto, el Gobierno colombiano se ha comprometido a fortalecer “(...) el programa de reconocimiento y reparación de víctimas en el exterior, incluyendo refugiados y exiliados victimizados con ocasión del conflicto, mediante la puesta en marcha de planes de ‘retorno acompañado y asistido’” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 183), dando así las facilidades necesarias para promover el retorno voluntario y la continuación del proyecto de vida respecto de las personas refugiadas o exiliadas en el exterior por cuenta del conflicto. Lo anterior, con base en la acción institucional requerida para garantizar de manera progresiva el acceso a derechos básicos, empleo digno, vivienda, salud y educación, según la necesidad de la víctima.

3.3.7. Medidas sobre restitución de tierras

Atendiendo al hecho de que en el proceso de restitución de tierras que han sido despojadas en el marco del conflicto armado es uno de los temas centrales a lo largo de todo el *Acuerdo*, las medidas del SIVJRNR sobre este aspecto de los mecanismos de reparación de víctimas consisten en la garantía de articular, bajo ciertos criterios específicos como el acompañamiento que técnico y financiero que debe recibir la población beneficiaria o la armonización de los diversos registros de reparación, “(...) los procesos de restitución de tierras y los procesos de reparación colectiva, los programas de desarrollo con enfoque territorial así como los demás planes y programas que se deriven de la implementación del *Acuerdo Final* (...)”(Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 184)

4. ¿SON LAS SANCIONES PROPIAS UNA FORMA ENCUBIERTA DE IMPUNIDAD?

Dadas las condiciones en que se diseñó el SIVJRNR y especialmente las sanciones propias de la JEP, se ha planteado la tesis de que el modelo en materia de JT adoptado por el Gobierno colombiano y las FARC-EP establece un sistema que promueve la impunidad de los más graves crímenes, puesto que los responsables de estos actos atroces no necesariamente resultarían privados de su libertad, es decir, podrían (...) evitar cumplir siquiera un solo día en prisión.” (Vivanco: 2016). Bajo este prisma interpretativo, el diseño de las sanciones propias de la JEP, caracterizadas por emplear medidas restrictivas de la libertad, desbordaría los márgenes de configuración concernientes a las fórmulas de justicia transicional jurídicamente aceptables, en el entendido de que podría dejar impunes las conductas delictuosas más graves como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, pese a que estos no pueden ser objeto de amnistía según los estándares mínimos en relación con la obligación de investigar, juzgar y sancionar los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de genocidio. Por lo tanto, desde esta perspectiva, la JEP permitiría indebidamente la impunidad de los crímenes más graves y trascendentales en relación con el conflicto armado colombiano, de manera que, de esta forma, sacrificaría indebidamente la justicia en nombre de la paz. En pocas palabras, el acuerdo en materia de justicia, según esta tesis, resultaría a todas luces inaceptable al tener

en cuenta que si bien “(...) se juzgarán los crímenes de lesa humanidad y los de guerra, los responsables no tendrán penas reales ni efectivas” (Nieto Loaiza, 2015).

En este orden de ideas, pueden discernirse al menos dos variantes del razonamiento presentado en contra del tratamiento que recibirían los crímenes no susceptibles de amnistía o indulto, en el marco de la JEP, a propósito de las sanciones propias y las medidas de restricción efectiva de la libertad (Uprimny & Güiza, 2016a): por una parte, una versión preliminar del argumento afirmarían que la ausencia de cárcel es equivalente a la impunidad, de modo que el concepto de justicia retributiva se restringe a la noción de penas privativas de la libertad; por otra parte, una versión más elaborada del argumento asumiría que, si bien el concepto de justicia retributiva no se equipara necesariamente a la reclusión en prisiones, las restricciones de la libertad que propone la JEP podrían ser aplicadas de manera laxa y permisiva, de forma tal que las sanciones propias de la JEP no constituirían en la práctica verdaderas sanciones por los más atroces crímenes relacionados con el conflicto armado. En consecuencia, la aceptación de cualquiera de las dos perspectivas supondría no solamente el carácter inaceptable de la JEP en términos morales y jurídicos, sino también la posibilidad de que instancias internacionales como la Corte Penal Internacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos actúen de manera subsidiaria frente al incumplimiento del Estado colombiano en lo relativo a su obligación de juzgar y sancionar a los responsables de las conductas que no pueden quedar impunes a la luz de los estándares de justicia para tiempos de transición política.

4.1. No hay impunidad velada en las sanciones restrictivas de la libertad

En relación con la supuesta impunidad que encierra la eventual ausencia de cárcel para los responsables de los más atroces crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano, se presentan al menos dos líneas argumentativas de diversa índole que permiten refutar dicha tesis: en primer lugar, es posible afirmar que una interpretación holística de lo acordado por el Gobierno colombiano y las FARC-EP respecto del SIVJRNR no supone un sacrificio de la justicia en nombre de la paz, sino una fórmula adaptada de justicia a través de la cual se pueden atender razonablemente los requerimientos los derechos de las víctimas, así como lograr el propósito loable de superar el estado de conflicto armado no internacional; en segundo lugar, es posible argüir que, aun cuando las sanciones restrictivas de la libertad para los crímenes más graves pudieran ser vistas como un sacrificio de la justicia, lo cierto es que la más elocuente materialización de la impunidad es la continuación del conflicto armado, toda vez que aquellos llamados a responder por sus actos se ven cobijados por el no sometimiento a la justicia que conlleva el estado de conflicto armado.

4.1.1. Las sanciones restrictivas de la libertad no implican impunidad

Desde un punto de vista jurídico y aceptando que existe una tensión por resolver entre justicia y paz, ambos valores deben ser cuidadosamente armonizados en términos de justicia transicional. Esto significa que cualquier fórmula de transición debe observar unos mínimos de justicia y, al mismo tiempo, lograr una pacificación exitosa. Dicho de otro modo, la JT debe superar un estado de cosas manifiestamente inicuo sin dejar impunes los más graves abusos cometidos. En este sentido, el conceder la impunidad a los más atroces

crímenes supone, como el vocablo latino *impunitas* indica, que este tipo de conductas quedan totalmente libres de sanción, es decir, que el delito en cuestión “(...) no será investigado, juzgado ni castigado (...)” (Saffón, 2016). Si bien es claro, entonces, que no es posible propender por la impunidad de los más graves crímenes en el contexto de los escenarios de transición, de ahí no se sigue que los crímenes no susceptibles de amnistía o indulto para efectos transicionales deban necesariamente ser castigados con penas privativas de la libertad.

Por el contrario, en el marco de los estándares excepcionales propios de la justicia transicional, el empleo de sanciones menos drásticas resulta razonable, como una manera de atender simultáneamente dos expectativas moralmente relevantes en conflicto: la superación de un estado de cosas injustas y la realización de justicia por las graves violaciones ocurridas. En este sentido, la posibilidad de recurrir a sanciones más flexibles para hacer justicia retributiva a propósito de las más graves conductas no solamente se restringiría a la reducción cuantitativa del tiempo de privación de la libertad, sino que también podría abarcar salidas sancionatorias cualitativamente diferentes como la imposición de medidas restrictivas de la libertad, en lugar de penas privativas de la libertad, siempre que estos mecanismos extraordinarios sean una sanción seria y efectiva, esto es, una forma de castigo por cuenta de las conductas punibles desplegadas que no son susceptibles de amnistía. Lo contrario sería asumir erróneamente que la única forma de castigo posible para efectos retributivos es la privación de la libertad tras los barrotes de una cárcel.

Por tal razón, las sanciones propias de la JEP no constituyen una medida equivalente a la impunidad en relación con los delitos no susceptibles de amnistía del conflicto armado

colombiano. Antes bien, este tipo de medidas configurarían una de las posibles medidas excepcionales de justicia que son dables en un contexto de transición política. Lo anterior parecería confirmarse a través de la opinión favorable emitida por la Fiscal de la Corte Penal Internacional alrededor del diseño de la JEP, en el sentido de que ésta permite entrever que los máximos responsables de los más atroces crímenes serán llamados a rendir cuentas por sus actos ante la justicia, excluyendo de tal forma medidas de amnistía o indulto por los más graves crímenes de trascendencia internacional. (Office of the ICC Prosecutor, 2016)

Ahora bien, frente al argumento de que las medidas restrictivas de la libertad podrían ser aplicadas de manera laxa y permisiva, haciendo de dichas sanciones una forma velada de impunidad, la versión final del *Acuerdo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* incorporó varias precisiones que hacen poco persuasiva dicha objeción. Así pues, además la claridad preexistente en el sentido de que las medidas de restricción efectiva de la libertad relacionadas con las sanciones propias de la JEP suponen el “(...) que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento (...)” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 164), la versión final del *Acuerdo* incluye varias especificaciones relativas, por ejemplo, a la máxima extensión de los lugares a los que estarán confinados los responsables de delitos graves que sean castigados con sanciones propias y la necesidad de establecer horarios para la realización de los trabajos de carácter restaurativo durante el cumplimiento de la sanción, entre otras (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 165). En este sentido, el hecho de no poder desplazarse a voluntad más allá de ciertos límites cuya extensión puede abarcar máximo el equivalente a las denominadas Zonas Veredales

Transitorias de Normalización ni poder disponer libremente del tiempo ante la imposición de labores restaurativas en determinados horarios supone indudablemente una restricción significativa y seria de la libertad (Uprimny, 2016). Así las cosas, no podría aducirse que las sanciones propias suponen castigos meramente formales y simbólicos, sino limitaciones reales al ejercicio a bienes primarios para cualquier ser humano como el derecho de libre locomoción o residencia.

Adicionalmente, aun cuando el funcionamiento de la JEP permitiría sancionar algunos de los más graves crímenes a través de penas distintas a la prisión, lo cierto es que la fórmula de justicia transicional, vista desde un punto de vista holístico que propone SIVJRNR, pretende promover la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto. Dicho de otro modo, “[e]l Sistema Integral hace especial énfasis en medidas restaurativas y reparatoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas.” (Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 128). En efecto, el diseño de las sanciones propias para el escenario transicional colombiano está acompañado de acciones restaurativas a cargo de las personas sobre las que recaen dichas sanciones cuya realización termina por, entre otras cosas, justificar el trato más benévolo recibido por los responsables de los crímenes no susceptibles de amnistía. Así, por ejemplo, para poder ser beneficiario del tratamiento especial concerniente a las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz es indispensable, además de contribuir con la verdad y reconocer responsabilidad, el desarrollar o participar activamente en proyectos de carácter restaurativo o reparator durante el tiempo en el que se cumple sanción impuesta por las conductas punibles no susceptibles de amnistía. Por consiguiente, la imposición de las sanciones propias está sujeta al cumplimiento de actividades reparatoras, esto es, su diseño

está inspirado en tanto en principios retributivos, como en principios restaurativos y reparadores de justicia.

Lo anterior se compagina perfectamente con el hecho de que, desde finales del siglo pasado, el énfasis retributivo de la justicia transicional ha sido paulatinamente superado por concepciones alternativas de justicia más enfocadas en nociones de restauración y reconciliación (Teitel, 2003, pp. 75-78). En este sentido, la búsqueda de justicia para contextos de transición política no está centrado en cobrar venganza por los graves abusos sufridos, sino en restablecer en la medida de lo posible el estado cosas anterior al conflicto armado o la situación *ante bellum*. De hecho, la justicia retributiva ha venido recibiendo recurrentes críticas en relación con su aptitud para lograr de manera satisfactoria transiciones políticas en términos de justicia. Así pues, entre otras cosas, el rol de la justicia retributiva en contextos transicionales ha sido puesto en tela de juicio, por ejemplo, ante la imposibilidad de imponer sanciones realmente proporcionales a los más atroces crímenes o ante la evidencia de que la retribución carece del efecto disuasivo esperado (Osiel, 2000). Dadas estas circunstancias, actualmente la pregunta de la justicia transicional no gira fundamentalmente en torno a la idea de castigar en términos de estricta proporcionalidad a los responsables de los abusos cometidos en el pasado, sino en torno a la pregunta de si las vidas de las personas son efectivamente mejores después de superar un estado de cosas injusto como un conflicto armado (Teitel, 2014, p. 144).

Conforme a esta aproximación más contemporánea y holística a los procesos de transición política, el SIVJNR y el análisis de la JEP no puede ser analizado solamente desde el punto de vista de la existencia o no de penas privativas de la libertad para los más atroces crímenes relativos al conflicto interno colombiano. Antes bien, si se mira de forma

general el aspecto de justicia concerniente a los delitos no susceptibles de amnistía, éste incluye medidas sancionatorias de justicia retributiva que sortean la posibilidad de dejar en la impunidad este tipo de conductas de trascendencia internacional, aunque permita para algunos casos la ausencia de medidas privativas de la libertad, pero, al mismo tiempo, también erige medidas tendientes a poner fin al sufrimiento causado a las víctimas, en otras palabras, pretende igualmente satisfacer las expectativas de justicia restaurativas planteadas contemporáneamente. En este orden de ideas, las sanciones propias de la JEP no son solamente castigos infligidos más flexiblemente, sino también penas útiles en términos de restauración (Newman, 2016).

4.1.2. La paz es un prerrequisito para la justicia

Desde un punto de vista eminentemente político, la paz se presenta como el valor supremo de toda organización civil. Siguiendo dicha premisa, esta línea argumentativa defiende la idea de que, de hecho, no existe una tensión de fondo entre la paz y la justicia, pues la primera se erige como una condición para la realización de la segunda. De acuerdo al razonamiento expuesto en este sentido por Hobbes (1996, pp. 85-86), la paz es un estado de cosas precedente a cualquier concepto de justicia, ya que, en el contexto de la guerra cuya oposición conceptual a la paz resulta evidente, los únicos criterios de arbitrio son la fuerza y el engaño. Lo anterior significaría que, mientras permanezca el estado de belicosidad, parece *prima facie* no tener mucho sentido hablar de lo que resulta justo o lo que es injusto (Walzer, 2015, p. 10), pues la idea de justicia se erige como un rasgo distintivo de la vida civil que riñe abiertamente con el estado de violencia propio de los

conflictos armados. En pocas palabras, la paz constituye la premisa lógica que permite a los hombres discernir sobre lo justo y lo injusto.

Con base en este razonamiento, algunos autores contemporáneos han postulado categóricamente el valor de la paz como el fin siempre prevalente en el campo de la justicia transicional. En este sentido, por ejemplo, Ferrajoli ha recogido este argumento político para analizar la modelo de transición adoptado en Colombia a propósito del fin del conflicto armado no internacional entre la guerrilla de las FARC y el Gobierno colombiano. En los términos del jurista italiano, “(...) la idea de que la paz es el valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político (...)” (Ferrajoli, 2016, p. 147). Con base en esta premisa, puede deducirse que primero debe lograrse un estado de cosas pacífico para, posteriormente, discutir los asuntos relativos a la justicia y al tratamiento de los abusos cometidos en el contexto del conflicto armado, siempre que dicha discusión no ponga en riesgo la cesación de las hostilidades. A la luz de esta perspectiva del problema, el dilema entre los valores de la justicia y la paz es solamente aparente, toda vez que esta última es “(...) un objetivo político y una obligación jurídica prioritaria sobre cualquier otra (...)” (Ferrajoli, 2016, p. 148), de manera tal que toda pugna entre ambos valores será necesariamente resuelto a favor de la paz.

Como consecuencia de la prevalencia lógica de un valor respecto del otro, la pacificación constituiría, en palabras de Gallón (2016), el más eficiente antídoto en contra de la impunidad para el caso del conflicto armado colombiano, pues aquellos que antes sólo se subordinaban al arbitrio de la violencia en el estado de belicosidad se incorporarían a la vida civil y con ello se someterían a las instituciones de justicia que se erigen únicamente

en el contexto de la convivencia pacífica. Dicho de otra manera, la prolongación de la guerra sí constituiría un estado de cosas que promueve la impunidad (Sánchez, 2016, 165-167), puesto que los responsables de los más atroces abusos en el marco del conflicto armado permanecen sin vincularse al sistema formal de justicia para que, de una u otra forma, investigue, juzgue y sancione sus conductas. Lo anterior adquiriría mayor peso argumentativo en el escenario colombiano ante la evidencia de que éste ha sido tradicionalmente propenso a mantener altos índices de impunidad en relación con los delitos del conflicto armado y especialmente en relación con graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario (Grupo de Memoria Histórica, 2013, p. 197). En este punto cobra relevancia el argumento de Beccaria (2010, pp. 53-55) en el sentido de que siempre es más conveniente un castigo moderado que sea indefectiblemente aplicado a la más gravosa de las penas que sugiera una posible impunidad. Así las cosas, frente al argumento de que la imposición de sanciones menos drásticas en relación con los más atroces crímenes del conflicto sería una forma velada de impunidad, la perspectiva contraria concerniente a la alternativa de prolongar las hostilidades hasta conseguir que los combatientes se sometan a castigos penitenciarios más severos sí sería equivalente a una prolongación de la impunidad existente, puesto que, como bien lo señala Martínez (2016, p. 70), los niveles de impunidad de los delitos relacionados con el conflicto armado colombiano ya oscilan entre el 97% y el 99%.

CONCLUSIONES

Las transiciones políticas suponen unos estándares excepcionales de justicia que normalmente persiguen la armonización de dos valores de vital importancia: la paz y la justicia. En consecuencia, todo modelo de JT debe buscar salidas que permitan el tránsito a un estado de cosas más justo sin dejar a un lado las expectativas de justicia en relación con los abusos cometidos por regímenes inicuos o conflictos armados. Las discusiones alrededor de estas fórmulas transicionales han venido siendo estudiadas sistemáticamente desde finales del siglo XX, aunque su dicha práctica pueda rastrearse incluso hasta la antigüedad grecorromana. En atención a las herramientas teórico-prácticas que ha venido desarrollando la JT en las últimas décadas, el Gobierno colombiano y las FARC-EP han diseñado un modelo justicia para tiempos de transición que pretende, precisamente, hacer tránsito hacia el cese definitivo de las hostilidades y al mismo tiempo honrar los derechos de la víctimas de los crímenes ocurridos en el marco del conflicto armado no internacional.

Actualmente, sin embargo, los estándares internacionales relacionados con la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH han reducido el margen de maniobra respecto de las diversas fórmulas de transición posibles. Hoy en día, por ende, no es posible acudir a leyes de punto final o a la concesión indiscriminada de amnistías e indultos, aun cuando esto pretenda hacerse con el loable propósito de facilitar la terminación de una situación de conflicto armado no internacional. No obstante, la obligación de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, las graves violaciones al DIH y las graves violaciones a los derechos humanos no implica que la sanción para los responsables de estas conductas no susceptibles de

amnistía o indulto deba necesariamente consistir en penas privativas de la libertad relacionadas con la reclusión en centros penitenciarios. Antes bien, el carácter excepcional de la JT permite indudablemente acudir a medidas alternativas de sanción, como las medidas restrictivas de la libertad propuestas por el modelo de la JEP, sin caer por ello en formas disimuladas de impunidad para los delitos no susceptibles de amnistía o indulto. Argüir lo opuesto implicaría reducir erróneamente el rol de la justicia en tiempos de transición a la imposición de penas de prisión y a la retribución como la única salida posible para resarcir las atrocidades del pasado.

Lo anterior resulta aún más claro si se tiene en cuenta que, para el caso de la fórmula adoptada por el SIVJRN, estas medidas restrictivas de la libertad están indefectiblemente acompañadas de mecanismos complementarios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. En efecto, las nociones contemporáneas de justicia para tiempos de transición tienden a enfatizar cada vez más el rol de la verdad, la reparación y la no repetición como mecanismos más adecuados para satisfacer los derechos de las personas afectadas por los abusos ocurridos en el marco de contextos de violencia generalizada. Así las cosas, hacer uso de castigos menos drásticos a la hora de enfrentar transiciones no supone *per se* renunciar a la justicia retributiva, especialmente si estos castigos están acompañados, como sería el caso de la JEP, por fórmulas complementarias para satisfacer de manera holística los derechos de las víctimas. Contrariamente, la posibilidad de prolongar el estado de conflicto armado no internacional sobre la base de exigir penas más drásticas para los responsables de crímenes atroces sí promueve una situación de impunidad, ya que, además de poner en patente riesgo el estado de paz alcanzado, posterga indefinidamente el sometimiento de los combatientes a la justicia y, por consiguiente, la

realización de los actos de verdad, reparación y no repetición a favor de las víctimas del conflicto.

REFERENCIAS

Arango, R. (2016). ¿Impunidad? *El Espectador*. Recuperado el 05 de noviembre de 2006 de [<http://www.elespectador.com/opinion/impunidad-1>]

Arthur, P. (2009). How “Transitions” reshaped human rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 31(2), 321–367.

Bassiouni, C. (2007) *Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional*, Italia, International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali y Association Internationale de Droit Pénal

Barbosa, F (2017) *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*, Bogotá, D. C., Ediciones B.

Beccaria, C. (2010) [1764] *De los delitos y de las penas* (3.ª ed.). Bogotá, D. C.: Temis.

Bell, C. (2008). Transitional justice, Interdisciplinarity and the State of the “Field” or “Non-Field.” *International Journal of Transitional Justice*, 3(1), pp. 5–27.

Bernal, J., Parra, J., Sierra Porto, H., Ramelli, A., Caldas, L., Andrade, J., & Zambrano, L. (2016). *Reflexiones jurídicas sobre el proceso de paz*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia

Bickford, L. (2004) Transitional Justice, en: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3, United States, Macmillan

Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009) *¿Qué es la Justicia Transicional?* Recuperado 10 de febrero de 2017 de [<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>]

Congreso de la República de Colombia (31 de julio de 2012) Acto Legislativo 01, Gaceta del Congreso 534

Congreso de la República de Colombia (25 de julio de 2005) Ley de Justicia y Paz [Ley 975 de 2005], DO: 45.980

Consejo Económico y Social de la ONU (1989) *Resolución 1989/65 “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.* Recuperado 10 de febrero de 2017 de [https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1980-1989/1989/ECOSOC/Resolution_1989-65.pdf]

Comisión de Derechos Humanos de la ONU (2005) *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.* Recuperado 15 de febrero de 2017 de [<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>]

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 36ª ed., ed. Legis.

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, 12 de septiembre de 1985, Serie Sobre Tratados, OEA, No. 67, disponible en: [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>]

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” (06 de septiembre de 1994) Recuperado 10 de febrero de 2017, disponible en: [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>]

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (06 de septiembre de 1994) Recuperado 13 de febrero de 2017 de [<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>],

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (9 de diciembre de 1948) Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 78, N. 1021, Recuperado el 15 de febrero de 2017 de [<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2078/volume-78-I-1021-Other.pdf>]

Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (20 de diciembre de 2006) Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2716, No. 48088. Recuperado el 15 de febrero de 2017 de [<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202716/Part/volume-2716-I-48088.pdf>]

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (10 de diciembre de 1984) Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1465, No. 24841. Recuperado el 15 de febrero de 2017 de [<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201465/volume-1465-I-24841-Other.pdf>]

Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid (30 de noviembre de 1973) Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1015, No. 14861. Recuperado el 15 de febrero de 2017 de [<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201015/volume-1015-I-14861-Other.pdf>]

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (12 de agosto de 1949) Recuperado el 15 de febrero de 2017 de [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>]

Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (12 de agosto de 1949) Recuperado 14 de febrero de 2017 de [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>]

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (12 de agosto de 1949) Recuperado 18 de febrero de 2017 de [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>]

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (12 de agosto de 1949) Recuperado 19 de febrero de 2017 de [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (25 de octubre de 2012) *Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (29 de julio de 1988) *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (24 de febrero de 2011) *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de fondo y reparaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1 de julio de 2006) *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (16 de agosto de 2000) *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, Sentencia de fondo

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (8 de marzo de 1998) *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, Sentencia de fondo

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (16 de agosto de 2000) *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Sentencia de fondo

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (26 de septiembre de 2006) *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Corte Constitucional de la República de Colombia, (18 de julio de 2016) Sentencia C-379-2016 [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional de la República de Colombia, (28 de agosto de 2013) Sentencia C-579-13 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de la República de Colombia, (13 de octubre de 2011) Sentencia C-771-11 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional de la República de Colombia, (18 de mayo de 2006) Sentencia C-370-06 [MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Gálvis, Clara Inés Vargas Hernández]

Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2007). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.

De Greiff, P. (2014) El papel de las cortes constitucionales en la regulación de conflictos. En: *Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo - VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Bogotá, D. C., Legis.

Eisikovits, N. (2014). Transitional justice. Retrieved March 16, 2016, de: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, [<http://plato.stanford.edu/entries/justice-transitional/>]

Elster, J. (2004). *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. New York: Cambridge University Press.

Engle, K. (2015). Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights. *Cornell Law Review*, 100((5), pp. 1069–1127.

Estatuto De Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998) Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2187, No. 38544, disponible en: [<https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Spanish.pdf>]

Fajardo, L.A. Estándares internacionales en materia de Justicia Transicional aplicables a Colombia. En: *Justicia Transicional: el caso de Colombia*. U. Externado de Colombia. Editores: Carlos Bernal Pulido, Gerardo Barbosa Castillo y Andrés Rolando Ciro Gómez

Ferrajoli, L. (2016) La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. *Revista Crítica Penal y Poder*, 10, pp. 146–161.

Fletcher, L. E., Weinstein, H. M., & Rowen, J. (2009). Context, timing and the dynamics of transitional justice: A historical perspective. *Human Rights Quarterly*, 31(1), pp. 163–220.

Forer, A., & Guerrero, A. (2010). La Ley de Justicia y Paz, un ejemplo de justicia transicional en Colombia. *Iberoamericana*, 10 (38), pp. 161–168.

Fundación Ideas para la Paz, (2014). *Boletín de Paz No.35-Negociaciones de Paz-Agosto de 2014. Derechos de las Víctimas, Recuperado el 27 de marzo de 2017 de [http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/540780d4edc63.pdf]* pp. 16.

Gallón, G. (2016). La paz como antídoto de la impunidad. *El Espectador*. Recuperado el 20 de octubre de 2016 de [http://www.elespectador.com/opinion/paz-antidoto-de-impunidad]

García Sayán, Diego (2016). Amnistías, paz negociada, Derecho Internacional. En: El quinto acuerdo de la Habana. Análisis y recomendaciones para la implementación del acuerdo víctimas y justicia en Colombia. Fundación Internacional Baltazar Garzón.

Gobierno de la República de Colombia, & FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto la construcción de un paz estable y duradera*. Recuperado el 11 de diciembre de [https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/12-1479102292.11-1479102292.2016nuevoacuerdofinal-1479102292.pdf]

Grupo de Memoria Histórica (2013). *¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Recuperado el 14 de febrero de [http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf]

Guerrero, A. (2011) Ley 975 de 2005 a través de la Sentencia C-370 de 2006: un enfoque del proceso transicional en Colombia, en *Colombia: un nuevo modelo de Justicia Transicional*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)

Gutiérrez, L. M. (2014). La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 16 (2), pp. 23–60.

Henckaerts, J. M., Doswald-Beck, L., Alvermann, C., Dörmann, K., & Rolle, B. (2007). *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, trad. Margarita Serrano García, v. 1, Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja

Hobbes, T. (1996) [1651] *Leviathan*. New York: Oxford University Press.

Leebaw, B. A. (2008). The Irreconcilable Goals of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 30(1), 95–118.

Martinez, M (2016) *Reconciliación y castigo en la justicia transicional*. Bogotá, D. C., Grupo Editorial Ibañez.

May, L. (2012) *After War Ends: A Philosophical Perspective*, New York: Cambridge University Press.

Moghalu, K. C. (2009) 'Prosecute or Pardon? Between Truth Commissions and War Crimes Trials', in Pillay, S. and Sriram, C. L. (eds.) *Peace versus justice? The Dilemma of Transitional Justice in Africa*. Scottsville, South Africa: University of KwaZulu-Natal Press, pp. 69 – 95.

Newman, V. (2016). Penas útiles. *El Espectador*. Recuperado el 10 de November de 2016 de [<http://www.elespectador.com/opinion/penas-utiles>]

Nieto Loaiza, R. (2015). Acuerdo de impunidad. *El País*. Recuperado el 10 de octubre de 2016 [<http://www.elpais.com.co/elpais/opinion/columna/rafael-nieto-loaiza/acuerdo-impunidad>]

Obserbatorio Internacional, Centro Internacional de Toledo para la Paz,(2016) *Septimo Informe Marzo de 2016*.

Office of the ICC Prosecutor. (2016). *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the peace negotiations between the Government of Colombia and the Revolutionary Armed Forces of Colombia – People's Army*. Recuperado el 3 de noviembre de 2016, [<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia>]

Orentlicher, D. F. (2007). 'Settling accounts' revisited: Reconciling global norms with local agency. *International Journal of Transitional Justice*, 1(1), 10–22.

Orozco I., (2009) *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, D. C., Temis y Universidad de los Andes.

Orozco I., (2005) *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*, Bogotá, D. C., Temis.

Osiel, M. (2000). Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity. *Human Rights Quarterly*, 22(1), pp. 118–147.

Popkin, M., & Roht-Arriaza, N. (1995). Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America. *Law and Social Inquiry*, 20(1), pp. 79–116.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (08 de junio de 1977) disponible en: [<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>]

Ruiz-Navarro, C. (2016). La falacia de la cárcel. *El Espectador*. Recuperado el 22 de noviembre de 2016 de [<http://www.elespectador.com/opinion/falacia-de-carcel>]

Saffon, M. P. (2016). No habrá impunidad. *El Espectador*. Recuperado el 22 de noviembre de 2016 de [<http://www.elespectador.com/opinion/no-habra-impunidad>]

Sánchez Ángel, R. (2016). Seis tesis sobre el derecho a la paz en Colombia. *Cultura Latinoamericana*, 23(1), 161–180.

Sandoval Villalba, C. (2011). *Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges*. Recuperado el 22 de noviembre de 2016 de [http://repository.essex.ac.uk/4482/1/07_11.pdf]

Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Recuperado el 11 de febrero de 2017 de [<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>]

Shaw, R., & Waldorf, L. (2010). Introduction: Localizing Transitional Justice. In R. Shaw, L. Waldorf, & P. Hazan (Eds.), *Localizing Transitional Justice: Interventions and Priorities after Mass Violence* (pp. 3–26). United States: Stanford University Press.

Teitel, R. G. (2000). *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press.

Teitel, R. G. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, pp. 69–94.

Teitel, R. G. (2014). *Globalizing Transitional Justice: Contemporary Essays*. New York: Oxford University Press.

Uprimny, R. (2016) Un acuerdo sobre el acuerdo. *El Espectador*. Recuperado el 21 noviembre 2016 de [<http://www.elespectador.com/opinion/un-acuerdo-sobre-el-acuerdo>]

Uprimny, R., & Güiza, D. (2016a) ¿Un acuerdo de impunidad? *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 27 de octubre de 2016 [<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/un-acuerdo-de-impunidad>]

Uprimny, R., & Güiza, D. (2016b). La JEP: Entre la cárcel y la justicia restaurativa. *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 27 de octubre de 2016 de [<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/la-jep-entre-la-carcel-y-la-justicia-restaurativa>]

Uprimny Yepes, R., Saffon Sanín, M. P., Botero Marino, C., & Restrepo Saldarriaga, E. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En R. Uprimny (Ed.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, D. C., DeJusticia.

Uprimny, Sánchez y Sánchez (2013). Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Dejusticia

Villa, H. V. (2005). *La ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos*. Centro de Investigación para la Paz, Fundación Hogar del Empleado.

Vivanco, J. M. (2016). La promesa del acuerdo de paz en Colombia y sus graves defectos. *Human Rights Watch*. Recuperado el 02 de noviembre de 2016 de [<https://www.hrw.org/es/news/2016/09/30/la-promesa-del-acuerdo-de-paz-en-colombia-y-sus-graves-defectos>]

Walzer, M. (2015) *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York: Basic Books.