

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

Estándares internacionales de justicia para la transición en el conflicto armado colombiano

Tesis para optar por el título de Magister en Derechos Humanos que presenta el abogado:

JEAN FRANCO OLIVERA ASTETE

Asesora: Elizabeth Salmón

Miembros del Jurado: María Eugenia Ulfe y Michelle Reyes

Lima, noviembre de 2015

Índice

Introducción: El conflicto armado en perspectiva transicional.	
Retos para la paz en el marco internacional actual.....	6
I. Capítulo 1: El conflicto armado no internacional en Colombia y los mecanismos de transición hacia la paz	14
I.1. El <i>ius post bellum</i>	15
I.1.1. El <i>ius post bellum</i> , su relación con el Derecho Internacional y con la justicia transicional.....	19
I.1.2. La sanción penal en situaciones posconflicto	22
I.2. La justicia transicional y la justicia penal	32
I.2.1. Límites de la justicia penal en sociedades en transición postconflicto	33
I.2.2. Respuestas desde la justicia transicional para la sanción Penal.....	35
II. Capítulo 2: El marco jurídico transicional de Colombia y la obligación de investigar, juzgar y sancionar crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos.....	41
II.1. La experiencia de la Ley de Justicia y Paz.....	44
II.1.1. ¿Mecanismo de justicia en transición, desmovilización o impunidad?.....	46
II.1.2. Lecciones de la Ley de Justicia y Paz y su impacto en el juzgamiento y sanción de los actos cometidos en el marco del conflicto armado	56
II.2. El Marco Jurídico para la Paz.....	62
II.2.1. El proceso de elaboración y constitucionalidad del	

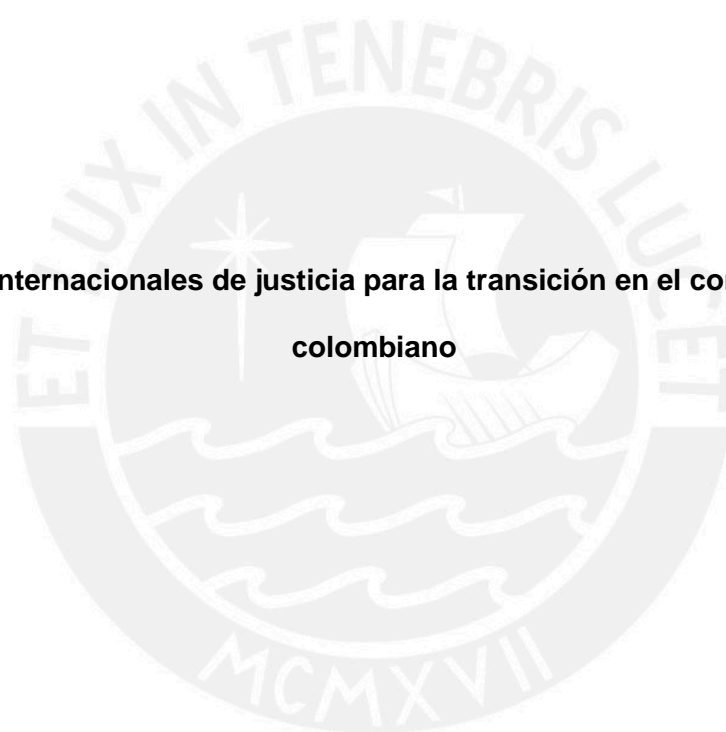
Marco Jurídico para la Paz: Contexto y cambios tras las sentencias de la Corte Constitucional.....	64
II.2.1.i. La constitucionalidad de la justicia transicional en Colombia en la sentencia C-579 de 2013.....	69
II.2.1.i.a. Los objetivos específicos de la justicia transicional en la sentencia C-579 de 2013.....	72
II.2.1.i.b. Los mecanismos de la justicia transicional en la sentencia C-579 de 2013.....	75
II.2.1.ii. El análisis de la Corte Constitucional frente a los crímenes de guerra en la sentencia C-579 de 2013.....	77
II.2.1.iii. El modelo de selección y priorización de casos para ser judicializados en la sentencia C-579 de 2013.....	80
III. Capítulo 3. Lecciones del proceso colombiano.....	87
III.1 El caso colombiano frente a los estándares internacionales para la investigación y sanción de crímenes de guerra: Retos para la ejecución de la justicia en transición.....	90
III.2. El caso colombiano y la aplicación de la justicia transicional ¿Nuevas preguntas? ¿Un nuevo enfoque?	101
Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	112
Agradecimientos.....	127

Podemos concebir un espacio sin tiempo, pero no un tiempo sin espacio. El tiempo necesita de las cosas para existir. En un universo absolutamente vacío el tiempo no existe. El tiempo es así una cualidad del ser, algo que le pertenece por definición pero del cual no podemos separarlo. El tiempo no puede aislarse ni almacenarse, ni en un calendario, ni en una clepsidra. No podemos ahorrarlo para utilizarlo luego. El tiempo desaparece conforme se usa. Hacia atrás no hay absolutamente nada: nada separa el día de ayer de la batalla de Lepanto, están unidos por su propia inexistencia. El único tiempo posible es el futuro, pues lo que llamamos presente no es sino una permanente desaparición. Pero el futuro mismo no sabemos en qué consiste, es una mera posibilidad. Sabemos que está allí, que viene hacia nosotros, que está a punto de llegar. Pero ¿cómo?, ¿dónde? El tiempo sería así el ámbito de la caída de lo que existe, si no la propia caída.

Julio Ramón Ribeyro (Prosas Apátridas)

Gracias Car.

**Estándares internacionales de justicia para la transición en el conflicto armado
colombiano**



Introducción: El conflicto armado en perspectiva transicional. Retos para la paz en el marco internacional actual

El conflicto armado no internacional (CANI) que se vive en Colombia lleva más de cincuenta años de existencia. Si bien, como suele suceder en los conflictos armados, no se puede definir una fecha de inicio de las hostilidades, los antecedentes directos al CANI colombiano se pueden rastrear en el periodo conocido como La Violencia (1946-1958), en el cual los partidarios políticos de los liberales y conservadores se enfrentaron en situaciones de tensión que dejaron alrededor de 16 mil personas muertas y 321 mil desplazados.¹ Este periodo concluye con el pacto entre ambos partidos tradicionales, mediante el cual se forma el Frente Nacional que es “una coalición entre las élites políticas y económicas dirigidas a proteger sus intereses mutuos, acordado por las facciones liberal conservadora tradicionales, institucionalizando la no competencia entre los actores pactantes”.²

El informe *¡Basta ya! Colombia: Memorias de la Guerra y Dignidad*, publicado por el Grupo de Memoria Histórica en el 2013, dividió el conflicto colombiano en cuatro etapas, siendo el comienzo del primer periodo la toma del poder por parte del Frente Nacional en 1958. Dichas etapas son las siguientes: (i) la violencia bipartidista se transforma en violencia subversiva (1958-1982); (ii) la expansión guerrillera, políticas de paz y eclosión paramilitar (1982-1996); (iii) los años de la tragedia humanitaria: la expansión de guerrillas y paramilitares, el Estado a la deriva, y la lucha a sangre y fuego por el territorio (1996-2005); y, por último, (iv) las Autodefensas Unidas Colombianas negocian y se desmovilizan. El

¹ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. *¡Basta ya! Colombia: Memorias de la Guerra y Dignidad*, Bogotá: Imprenta Nacional, 2013, p. 113.

² HERNÁNDEZ, Luis Humberto. “Dimensiones Históricas y Socio-económicas del Conflicto Armado en Colombia”, en: Vargas, A. (editor). *Diálogos de La Habana: Miradas múltiples desde la Universidad*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Vicerrectorado de Investigación y Extensión, Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz, p.42.

Estado empuja a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia hacia su retaguardia (2005-2012).

Si bien dicha periodicidad del conflicto inicia en 1958, es el ataque de la Marquetalia, realizado por las fuerzas armadas colombianas en mayo de 1964, y que las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) denunciaron como un ataque contra el campesinado, el momento definitorio del giro de las FARC de un movimiento de autodefensa con el enfoque de la época de La Violencia a uno con estrategia guerrillera de confrontación directa contra el Estado.³ Además, es en ese mismo periodo en el que aparecerán los otros movimientos guerrilleros, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en 1962 y el Ejército Popular de Liberación (EPL) en 1967. Años después, también se conformaron otros actores armados como el Movimiento 19 de abril (M-19) en 1974, el Partido Revolucionario de los Trabajadores en 1982 o el movimiento Quintín Lame en 1984, todos estos, además del EPL, ya desmovilizados. Finalmente, el momento de mayor violencia del conflicto, hasta la actualidad, se condice, aunque no es el único motivo, con el ingreso del otro actor relevante que son los movimientos paramilitares, los cuales aparecen en la década de 1990. Es importante señalar que, en 1997, un conjunto de distintos grupos paramilitares conformó las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), movimiento responsable de muchas de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario (DIH en adelante) en las últimas décadas del conflicto colombiano.

El tiempo prolongado y la intensidad de los ataques de los grupos alzados en armas, de los paramilitares y de las fuerzas del Estado, así como la falta de respeto frente a las personas que no participan directamente de las hostilidades, han generado la comisión de graves

³ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Óp. Cit. p. 123.

violaciones a los derechos humanos y al DIH desde el inicio del conflicto hasta nuestros días. Las víctimas del conflicto armado se calculan en más de 7 millones,⁴ mientras que las víctimas mortales directas suman más de 260 mil.⁵ Además, las personas desplazadas como consecuencia del conflicto armado suman más de 6 millones, es decir, según cifras del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el número más alto del mundo, después de los desplazados en Siria tras los sucesos ocurridos en los últimos años.⁶

El marco contextual reseñado demuestra que el conflicto armado colombiano es el más complejo y de mayor intensidad en la historia latinoamericana de las últimas décadas o, incluso, de todo el tiempo independiente de las actuales repúblicas que conforman el continente, no solo por el número de víctimas, sino por la crueldad de las acciones ocurridas. Además, la complejidad no solo se genera por la multiplicidad de actores armados que participan, sino también por la presencia de una serie de causas estructurales y factores que contribuyen, la mayoría de las veces, al recrudecimiento de la violencia en lugar de contribuir a la búsqueda de una solución pacífica. Entre estas causas y factores, se puede mencionar el tema agrario, la exclusión en la que vive mucha de la población indígena y afrodescendiente en Colombia, las actividades ilícitas como el narcotráfico, entre otros.

Es así que el proceso de paz colombiano, iniciado con las conversaciones en la ciudad de La Habana entre el gobierno colombiano y las FARC, es uno de los temas de mayor relevancia en la agenda actual de Latinoamérica. Ello debido a que si se lograra alcanzar

⁴ Unidad para Atención y Reparación Integral para las Víctimas. *Reporte General*. [en línea]. Disponible en:

<http://rni.unidadvictimas.gov.co/?page_id=1629>. Revisado el 27 de noviembre de 2014.

⁵ *Ibidem*.

⁶ ACNUR. *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado 2014*. Disponible en: <http://www.acnur.org>. Revisado el: 29 de noviembre de 2015.

un acuerdo que alcance la paz, no solo sería el fin de un cruento conflicto armado, sino que además se cerraría uno de los motivos por el que se ha producido el mayor problema humanitario del continente, considerando el número de víctimas y la continuidad de la violencia.

Para poder alcanzar ese objetivo, el sistema jurídico colombiano ya desde hace unos años viene construyendo un marco legal que busca garantizar la transición a la paz, pero sin que se dejen de lado los derechos de las víctimas del conflicto. Principalmente, en la última década, se ha buscado dichos objetivos mediante dos procesos normativos de gran impacto para el proceso colombiano: la Ley 975 de 2005 y el Acto Legislativo N°1 de 2012, conocido como “Marco Jurídico para La Paz”.

En primer lugar, en junio de 2005, el Congreso colombiano promulgó la Ley 975: Ley de Justicia y Paz, la cual buscó promover la desmovilización de los paramilitares que actuaban en el conflicto y su reinserción en la vida civil. Para ello, ideó un marco jurídico complejo en el que los paramilitares que decidían desmovilizarse podían acceder a un sistema paralelo de justicia, siempre y cuando cumplan con confesar detallada y públicamente los diversos hechos delictivos en los que habían participado. Es así que se puede decir que la Ley de Justicia y Paz se encontraba dirigida a

“establecer un procedimiento que permita la reincorporación a la sociedad y la reconciliación de los miembros de grupos armados al margen de la ley que hayan cometido delitos que no necesariamente deben ser políticos o conexos con estos,

siempre que medie una contribución efectiva a la consecución de la paz nacional y se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y a reparación”.⁷

De otro lado, el 31 de julio de 2012, el Congreso de Colombia aprobó una reforma constitucional conocida como “Marco Jurídico para la Paz”. Dicha reforma se realizó para generar un marco de rango constitucional que permita una transición a la paz. Entre sus objetivos se encuentra la creación de un marco especial para el juzgamiento de los actos ocurridos durante el conflicto colombiano, que prioriza el juzgamiento “penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”. Ello crea claramente un sistema penal paralelo al común. La Corte Constitucional de Colombia, tal como lo había hecho previamente con la Ley de Justicia y Paz,⁸ declaró que el Marco Jurídico para la Paz era exequible (constitucional), siempre que cumpliera con algunos detalles, principalmente en el marco de protección del derecho de las víctimas.⁹

Llegado este punto, también es importante resaltar que Colombia es el único caso en el continente americano bajo examen preliminar de la Corte Penal Internacional por hechos vinculados a un conflicto armado (el otro es Honduras y versa sobre posibles crímenes de lesa humanidad ocurridos durante el golpe de Estado de 2009). De esta manera, es evidente que las conversaciones de paz para el conflicto colombiano son un hecho histórico que buscará resolver la transición a la paz en el marco de un contexto que refleja tensión entre los mecanismos de justicia transicional y los estándares jurídicos internacionales de

⁷ BARRETO ARDILA, Hernando. “La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional”. *Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, vol. 27, N° 81, mayo-agosto. 2006, p. 55.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-370. 18 de mayo de 2006.

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579/13. 28 de agosto de 2013.

lucha contra la impunidad frente a los crímenes internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, un aspecto que hay que tener en cuenta y que es muy particular en el caso colombiano es que se está tratando de implementar medidas transicionales en una sociedad que no necesariamente se encuentra en transición, puesto que aún persiste el conflicto armado. Es por ello que autores como Aponte, antes de hablar de una transición que busque “superar el pasado”, señalan que en realidad se está ante una situación en que los mecanismos transicionales buscan “la superación de un presente conflictivo”.¹⁰

Es bajo este contexto que la presente investigación tiene como tema el análisis del marco jurídico interno que el Estado colombiano ha adoptado de acuerdo a los principios de la justicia transicional y si este se adecúa a los estándares internacionales que dicho Estado debe seguir para juzgar las violaciones a los derechos humanos y al DIH conforme a sus obligaciones internacionales.

Al respecto, la pregunta de investigación es la siguiente: ¿los sistemas alternativos de justicia transicional, como el aplicado en el caso colombiano, pueden ser acordes con los estándares internacionales para juzgar crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos en contextos posconflicto? Como hipótesis, la presente investigación plantea que los sistemas de justicia transicional aplicados en Colombia sí son conformes a los estándares internacionales de la justicia en transición en el marco del *ius post bellum*, aunque para ello deben conciliar los objetivos políticos con el respeto de los derechos de las víctimas.

¹⁰ APONTE, Alejandro. “Colombia: un caso *sui generis* de la justicia de transición”. En: ALMQVIST, Jessica y Carlos ESPÓSITO (editores). *Justicia Transicional en Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 27.

La relevancia del proceso colombiano de transición hacia la paz es que puede significar un quiebre en los estándares que los tribunales internacionales han desarrollado sobre la lucha contra la impunidad. Al respecto, es importante señalar que la elección de un contexto de transición del conflicto hacia la paz se debe a que es un marco aún en construcción y que presenta debates intensos entre cuánta justicia se puede ceder para alcanzar la paz.

De esta manera, si bien se tienen algunos estándares en el DIH, principalmente existe una construcción proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), especialmente para el caso americano de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), como desde el Derecho Penal Internacional (DPI), conforme a las decisiones de los tribunales Ad Hoc, mixtos y de la Corte Penal Internacional. Es posible realizar la pregunta de si las circunstancias propias de contextos que están superando conflictos armados pueden generar una mayor adaptación a los planteamientos de la justicia transicional, lo cual puede ser importante en el marco de acuerdos de paz, como los que actualmente se discuten en La Habana entre las FARC y el gobierno colombiano.

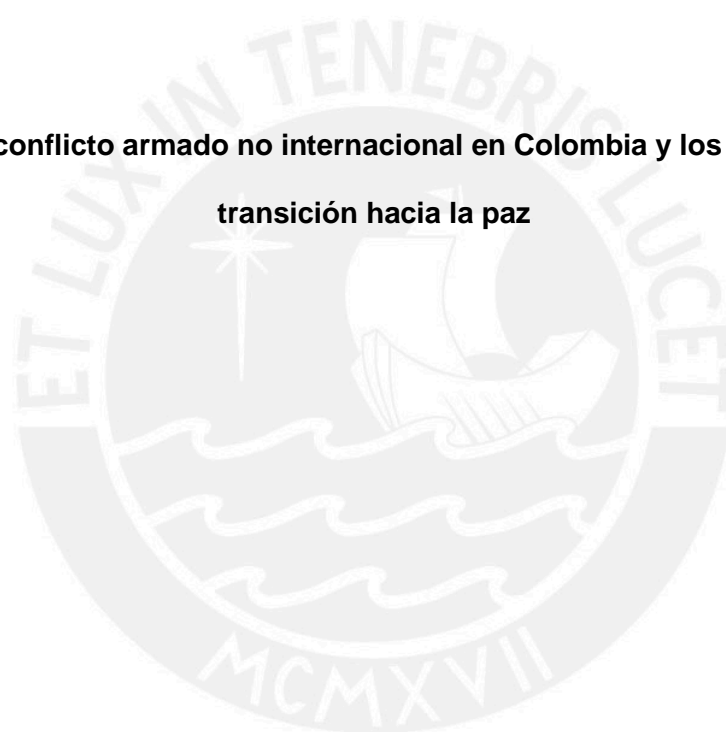
Es así que uno de los objetivos del presente trabajo será determinar si los estándares para el juzgamiento de violaciones graves a los derechos humanos y al DIH responden a los mismos estándares de lucha contra la impunidad desarrollados en otros contextos y evaluar si existen criterios jurisprudenciales uniformes para el juzgamiento de estas violaciones. Para ello, se plantea cómo es que ha existido una relación intensa entre el DIDH, DIH y el DPI para la construcción de estándares de lucha contra la impunidad. Dicha interrelación se funda en que muchos de los estándares para analizar el juzgamiento y sanción a los

responsables de violaciones a los derechos humanos y al DIH no solo se basan en tratados o costumbres, sino en la jurisprudencia de los tribunales de DIDH o DPI.

Posteriormente, se pasará a examinar cuánta es la influencia de los estándares internacionales ya sea en el marco del DIDH, DIH o del DPI para limitar el campo de decisión política en el proceso de paz colombiano. En este punto, es pertinente señalar que el Derecho Internacional ha tenido un importante impacto en Colombia debido, entre otros aspectos, al importante número de casos en los que el país ha sido denunciado ante la Corte Interamericana por hechos vinculados con el conflicto armado. Asimismo, la constante supervisión por parte de la Corte Penal Internacional también demuestra que el conflicto colombiano y el juzgamiento de los crímenes que allí se comentan se encuentran bajo el análisis internacional. De otro lado, es la propia Corte Constitucional de Colombia la que ha recogido muchos de los estándares internacionales al momento de sus pronunciamientos en casos vinculados al conflicto armado.

Finalmente, tras todas las consideraciones antes señaladas, se procederá a evaluar y determinar si las consideraciones asumidas en el caso colombiano para la transición a la paz son conformes a los estándares internacionales. Para ello, el estudio realizado determinará cuánto es que dichos estándares internacionales pueden ceder frente a las necesidades de las sociedades por alcanzar la paz sin que con ello se vulneren los derechos de las víctimas.

**Capítulo 1: El conflicto armado no internacional en Colombia y los mecanismos de
transición hacia la paz**



I.1. El *ius post bellum*

Tradicionalmente, se ha entendido que las áreas del Derecho Internacional vinculadas con el uso de la fuerza armada son el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Ello se debe a la dicotomía con la que se ha entendido a la realidad, distinguiendo solo entre periodos de paz y de guerra, como si estos momentos se alcanzaran de forma inmediata y sin que exista todo un proceso entre ellos, el cual tiene sus propias características y ha sido denominado *ius post bellum*.¹¹

El *ius ad bellum* es el derecho de recurrir a la fuerza. Ha tenido una evolución bastante larga a través de la historia de los últimos siglos. En un inicio, estuvo muy relacionado con la teoría de la guerra justa, es decir, qué motivos validaban el realizar la guerra, y contaba con un fuerte contenido religioso. Posteriormente, como parte de dicha evolución, en el marco de la consolidación de los estados-nación europeos, se justificó la absoluta capacidad de declarar la guerra en el marco de la soberanía de los Estados.¹²

El *ius ad bellum* sufrió un impacto importante después de la Segunda Guerra Mundial, en específico con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945. Dicho tratado prohibió el uso de la fuerza por parte de un Estado contra otro Estado como principio básico recogido en el artículo 2 (4):

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la

¹¹ STAHN, Carsten. ‘Jus ad bellum’, ‘jus in bello’...‘jus post bellum’? –Rethinking the Conception of the Law of Armed Force. *The European Journal of International Law*. Vol. 17 no.5, 2007, pp. 921-943.

¹² Revisar: SLOANE, Robert D. “The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War”. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 34:47. 2009, pp 48-108.

independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.”

No obstante, la propia Carta establece en su Capítulo VII un mecanismo de defensa en casos de amenazas o quebrantamientos a la paz y actos de agresión mediante el cual las Naciones Unidas hacen frente a estas circunstancias con una forma válida de hacer uso de la fuerza armada. Finalmente, el sistema del *ius ad bellum* actual se complementa con el artículo 51 de la Carta, que señala que “[n]inguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva (...) hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

Es así que el *ius ad bellum* se encuentra enmarcado dentro de las obligaciones que tienen los Estados como consecuencia de lo regulado en la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, la interpretación que se ha dado al concepto de amenaza a la paz no solo se ha entendido como un acto posible de agresión, sino también como actos de violaciones graves a los derechos humanos, crímenes de guerra o genocidios. Esta concepción de una guerra justa amparada en la protección de los seres humanos se ha desarrollado en la teoría de la “responsabilidad de proteger” (RtoP o R2P) y puede ser una nueva forma de interpretar el *ius ad bellum* como guerra justa.

De otro lado, el *ius in bello* o DIH es entendido como “un conjunto de normas destinado a limitar, por razones humanitarias, los efectos de los conflictos armados (y que además protege) a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades e impone restricciones a los métodos y medios bélicos”.¹³ Según dicha definición, el objetivo

¹³ CICR. *La guerra y el derecho humanitario*. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/>

del DIH es regular la conducción de hostilidades y proteger a determinadas personas que no participan de las mismas.

La regulación de la guerra tiene larga data en la historia, puesto que en todo momento siempre han existido enfrentamientos entre los distintos pueblos o Estados. Quizás es por ello que el derecho de los conflictos armados contemporáneo es una de las áreas del Derecho Internacional más antigua, ya que el primer cuerpo jurídico internacional de DIH se adoptó en 1864, el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Desde ese momento en adelante, se ha adoptado un número considerable de tratados (además del derecho consuetudinario existente), entre los que se tienen como piezas fundamentales del DIH a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

Finalmente, el *ius post bellum* es un campo que reúne consideraciones morales y jurídicas que aplican en situaciones en las que los conflictos armados han concluido y cuyo objetivo es alcanzar una paz que sea justa y duradera.¹⁴ Si bien no es un área nueva, tiene un desarrollo aún limitado y ha estado focalizado principalmente en situaciones de conflictos armados internacionales, principalmente frente a contextos de ocupación, aunque también se encuentra cada vez más presente frente a contextos de conflictos armados no internacionales. Dentro de sus principios se encuentran la retribución, la reconciliación, la reconstrucción, las reparaciones y la proporcionalidad.¹⁵ La poca atención prestada a este espacio en entre la guerra y la paz ha llevado a la elaboración de un marco normativo aún

¹⁴ MAY, Larry. *Jus Post Bellum, Grotius and Meionexia*. En: STAHN, Carsten y otros. *Just Post Bellum. Mapping the Normative Foundations*. Nueva York: Oxford University Press, 2014, p. 3.

¹⁵ MAY, Larry y Elizabeth EDENBERG. *Jus Post Bellum and Transitional Justice*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013, pp. 1-8.

débil y poco coordinado y que incluso, en muchas situaciones, sean solo obligaciones morales que siguen estando vinculadas con la idea de la guerra justa.

A pesar de ello, en los últimos años, se ha dado una atención cada vez mayor al *ius post bellum*, principalmente desde la doctrina estadounidense, debido a los conflictos en Iraq y Afganistán o a las anteriores intervenciones en Kosovo o Timor Leste. En estos casos, se planteó que el debate frente a las obligaciones internacionales no podía terminarse con las discusiones sobre los motivos de la intervención o el manejo de las hostilidades en las mismas, sino que debía entenderse el marco jurídico para la reconstrucción de las sociedades sujetas a dichos conflictos, lo que usualmente ha sido conocido como *peacebuilding*.¹⁶

Es importante precisar que, si bien el debate del *ius post bellum* se ha visto fortalecido frente a la pregunta de cuál es el marco jurídico para la reconstrucción de sociedades posconflicto en el caso de intervenciones internacionales armadas (con o sin permiso del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas), las obligaciones de los Estados, y de las partes en un conflicto en general, son mucho más amplias y se aplican a muchos otros supuestos, como es el caso de los conflictos armados no internacionales.¹⁷

En definitiva, el objetivo del *ius post bellum* de alcanzar una paz estable y duradera se ha ido perfilando cada vez más en relación con el avance del Derecho Internacional en la lucha contra la impunidad. Es así, que el principio de retribución del *ius post bellum*, que es aquel por el que se busca establecer responsabilidades frente a quienes realizaron actos

¹⁶ Revisar: DE BRABANDERE, Eric. "The Responsibility for Post-Conflict Reforms: A Critical Assessment of Jus Post Bellum as a Legal Concept". *Vanderbilt journal of Transnational Law*. Vol. 43:119. 2010, pp. 119-149. PATTISON, James. "Jus Post Bellum and the Responsibility to Rebuild." *British Journal of Political Science*. Noviembre 2013, pp. 1-27.

¹⁷ BOON, Kristen E. The Application of Jus Post Bellum in Non-International Armed Conflicts. En: STAHN, Carsten y otros. *Óp. Cit*, p. 263.

contrarios al derecho durante el conflicto, cada vez tiene una importancia mayor en todo tipo de conflictos armados.¹⁸ Los tribunales internacionales, tanto de derechos humanos, como de Derecho Penal Internacional, han tenido un rol esencial para la consolidación del principio de retribución, cómo se explicará más adelante.

I.1.1. El *ius post bellum*, su relación con el Derecho Internacional y con la justicia transicional¹⁹

Si bien el DIH regula las acciones que se deben realizar en el marco de la conducción de las hostilidades, existe un conjunto de normas en los diferentes instrumentos de este cuerpo normativo que regulan ciertas acciones que las partes que se han enfrentado deben realizar una vez hayan concluido las hostilidades. Estas normas forman parte del cuerpo jurídico que comprende el *ius post bellum* y su aplicación puede darse, de acuerdo con las circunstancias, tanto tras conflictos armados internacionales como no internacionales.

Algunos ejemplos de estas obligaciones, que cubren circunstancias muy diversas, pueden encontrarse en las normas que regulan el comportamiento de las potencias ocupantes en un escenario de ocupación conforme al Reglamento de La Haya de 1907 y en diversas disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949. Por ejemplo, pueden nombrarse las normas relacionadas a la búsqueda de personas desaparecidas reguladas en los artículos 32, 33 y 34 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 y en las normas consuetudinarias 112, 113, 115, 116 y 117.

¹⁸ MAY, Larry y Elizabeth EDENBERG. *Óp. Cit.* Nueva york: Cambridge University Press, 2013, p. 3.

¹⁹ Algunos de los párrafos siguientes en este acápite son citas textuales o parafraseadas de mi tesis para optar por el título de abogado: OLIVERA ASTETE, Jean Franco. *La verdad como forma de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación a la transición peruana*. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. Disponible en:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5565>

Un punto de relevancia para el presente trabajo y de mucha controversia son las normas que regulan el marco jurídico existente para la sanción de los actos cometidos durante los conflictos armados (algunos de ellos considerados como crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero que también podrían ser crímenes de lesa humanidad, genocidio o violaciones graves a los derechos humanos o al DIH) y la posibilidad de establecer amnistías en el caso de conflictos armados no internacionales regulada en el artículo 6(5) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Este punto será tratado con mayor énfasis posteriormente.

De otro lado, las normas que forman parte de las obligaciones del *ius post bellum* tienen su sustento en distintas ramas del Derecho Internacional, las cuales además, también son utilizadas en otros campos de estudio, como es el caso, principalmente, de la justicia transicional. No obstante, también es cierto que la convergencia de temas, principios y diversos elementos de estos dos enfoques no son necesariamente los mismos por diversos motivos.²⁰

La justicia transicional puede ser definida como el campo multidisciplinario de reflexión y prácticas que se refiere a la justicia que se puede proveer a las víctimas de sociedades que están en transición desde la violencia hacia la paz o desde el autoritarismo hacia la democracia.²¹ Esta área de estudio responde ante su objetivo mediante diversos mecanismos como las comisiones de la verdad, la justicia penal, los programas de

²⁰ FREEMAN, Mark y Draza DJUKIC . “Just post bellum and transitional justice”. En: STAHN, Carsten y Jann K. KLEFFNER (editores). *Just Post Bellum. Towards a Law of Transition from Conflict to Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 224.

²¹ REATEGUI, Félix. “Comisiones de Verdad y Justicia Transicional”. En: QUINTEROS, Víctor Manuel (coordinador). *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos. Aportes Sustantivos y Procesales*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 26.

reparación y las garantías de no repetición. En algunos casos, también se pueden requerir mecanismos internacionales como las misiones de Naciones Unidas para la paz o tribunales internacionales o mixtos.

La justicia transicional se ha desarrollado como resultado de los nuevos paradigmas de paz, democracia y derechos humanos que una gran parte del planeta ha adoptado como principios a seguir. De esta manera, surge como respuesta a espacios temporales de alta tensión, donde la aplicación del Derecho es difícil por las consecuencias del conflicto o de los actos dictatoriales, por la existencia de sociedades polarizadas, de víctimas en búsqueda de justicia y reparación, y por la falta de institucionalidad de los Estados donde sucedieron los hechos. Por ello, se dice que la justicia transicional responde a una clave idealista y con una función transformadora del orden sociopolítico.²²

Las características de la justicia transicional responden a la diversidad propia de un campo interdisciplinario. Hay quienes sostienen que cada vez es más jurídica, aunque no por ello pierde sus rasgos claramente políticos, extraordinarios y transaccionales. El enfoque de una transición es dado por las características propias de la sociedad y presenta diferentes propuestas que oscilan entre la revisión del pasado y la construcción del futuro. Si bien se comprende la dificultad de encontrar medidas que regulen diferentes escenarios de transición, y el efecto expansivo de los derechos humanos y de las áreas del Derecho Internacional que velan por la protección del ser humano, busca generar estándares mínimos que deben ser respetados en estas circunstancias.

²² OROZCO ABAD, Iván. *Justicia Transicional en tiempos de memoria*. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009, p. 60.

El reto que el Derecho Internacional enfrenta en su búsqueda por regular a la justicia transicional es encontrar dichos estándares, que, como fuentes de obligaciones, sean plausibles de ser aplicados en diferentes contextos teniendo en cuenta, al mismo tiempo, sus peculiaridades. Este reto y tensión, también presente en el *ius post bellum*, se presenta especialmente cuando estas normas regulan la sanción de los actos cometidos durante un conflicto armado.

De esta manera, mientras que la justicia transicional explora las respuestas frente a transiciones tanto de conflicto a paz, como de autoritarismos a democracia, el *ius post bellum* solo analiza las circunstancias donde existieron conflictos armados. Sin embargo, en ambos casos, en lo que se refiere al campo de la sanción, existen conflictos entre los enfoques de análisis que parten desde las obligaciones jurídicas a darse en sociedades posconflicto y aquellas que surgen del debate político. No obstante, la presencia, cada vez mayor, de los estándares del Derecho Internacional en la justicia transicional y en el *ius post bellum* hace que dichos enfoques no sean, actualmente, muy lejanos. La compatibilidad o no entre los mismos será un tema central a desarrollarse en la presente tesis.

I.1.2. La sanción penal en situaciones posconflicto.

La sanción frente a los crímenes ocurridos durante un conflicto armado no puede ser exclusiva del momento posterior al final de las hostilidades. No obstante, es cierto que en situaciones de conflictos armados, especialmente en aquellos de gran intensidad, suelen no existir las condiciones para el desarrollo de las investigaciones y sanciones, ya sea por la falta de institucionalidad que lo permita o, incluso, porque, ante una situación de crisis, los Estados prioricen la supervivencia del mismo antes que la justicia.

De esta manera, si bien el juzgamiento no puede ser exclusivo del periodo postconflicto, suele ser uno de los temas centrales a debatir y una de las exigencias de las víctimas una vez concluidas las hostilidades. El ámbito de la sanción penal también es muy amplio y puede variar mucho entre circunstancias ocurridas en un conflicto armado internacional y uno no internacional. Ello porque en el caso de un conflicto armado no internacional, más allá de las violaciones que puedan haberse producido al DIH o a los derechos humanos, al no alterarse el estatuto de las partes en conflicto, pueden producirse juicios por la sola participación de personas en las hostilidades, dado que ello suele estar prohibido en el Derecho interno de los Estados.

Lo que se busca señalar es que la sanción penal en el *ius post bellum* o en la justicia transicional puede involucrar una diversidad de propuestas y respuestas de acuerdo a los contextos. Sin embargo, poder encontrar ese mínimo común denominador que permite entender cuáles son las normas que regulan toda transición hacia la paz es un gran reto. En ese sentido, se puede afirmar que existe ya una tendencia global de lucha contra la impunidad en el marco de los crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y frente a los que actualmente tiene competencia (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra). Por ejemplo, el preámbulo de dicho tratado establece que:

“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”

En el marco de las situaciones posconflicto existen normas que regulan las sanciones de actos prohibidos en el marco de los conflictos armados, entre ellas las llamadas infracciones graves al DIH reguladas en los cuatro Convenios de Ginebra y en el Protocolo Adicional I. Sin embargo, ninguno de los tratados señalados implementa sanciones para las infracciones graves o establece tribunales internacionales para su sanción. Por el contrario, la lógica que sigue a las infracciones graves es que es responsabilidad de los Estados parte el investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar estas acciones por medio de sus ordenamientos penales.²³

De otro lado, si bien las normas antes señaladas regulan los conflictos armados internacionales, desde hace varios años se ha postulado que las infracciones graves pueden producirse también en contextos de conflictos armados no internacionales.²⁴ Asimismo, las infracciones graves han sido incorporadas en el DPI, en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como crímenes de guerra tanto para CAI como para CANI y forman parte del DIH consuetudinario.

No obstante, el proceso por el que se ha llegado a concluir que se pueden cometer crímenes de guerra en CANI ha sido largo y no siempre claro, en primer lugar, porque, en un inicio,

²³ CICR. *Represión penal. El castigo de los crímenes de guerra*. Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf

²⁴ GRADITZKY, Thomas. “La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 31 de marzo de 2008. En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>

al estar pensado el DIH para regular conflictos entre Estados, existían dudas frente a si las obligaciones de DIH podían vincular también a grupos armados que no tienen la posibilidad de ratificar los tratados. Esta disyuntiva se superó por medio de la interpretación que propone que las normas de DIH no obligan solo a los Estados, sino también a todas las partes que se enfrentan en el conflicto, es decir, también a los individuos que forman parte de los grupos armados.²⁵

Un segundo paso fue evaluar si existía una costumbre internacional que permita hablar de crímenes de guerra en CANI, debido a la ausencia de una norma convencional (más allá del deber de implementar de los Estados y sancionar en el Derecho interno) que permita considerar que la comisión de determinadas violaciones al DIH en el marco de un CANI puedan ser consideradas como crímenes de guerra según el Derecho internacional y, en consecuencia, puedan generar responsabilidad internacional para quienes las cometan.

En este proceso, el DPI, con la creación de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), fue fundamental. En el caso del TPIR, su estatuto²⁶ fue el primer instrumento internacional en el que se reconoció la sanción de las violaciones al artículo 3 común y al Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra en el marco del Derecho Internacional. Por su parte, es el TPIY el primer tribunal que reconoce el carácter consuetudinario de los crímenes de guerra y lo hizo jurisprudencialmente en la sentencia del caso *Prosecutor v. Tadic*. Dicho reconocimiento fue una piedra fundamental en el Derecho Penal Internacional actual e influyó de una manera determinante en la percepción del carácter consuetudinario de la norma que sanciona los crímenes de guerra en el marco

²⁵ LA HAYE, EVE. *Op. Cit*, p. 120

²⁶ Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 955 (1994)*. 8 de noviembre de 1994.

de un CANI.²⁷ Dicho fallo fue, además de novedoso, bastante atrevido, dada la dificultad para afirmar en ese momento dicho carácter consuetudinario, en sentido de que el propio estatuto del TPIY, a diferencia del estatuto del TPIR, no consideraba de manera literal las violaciones al artículo 3 común o del Protocolo Adicional II dentro de los crímenes sobre los que tenía competencia. Es por ello que el TPIY tuvo que interpretar que podía juzgar crímenes de guerra en CANI conforme a la redacción del artículo 3 de su estatuto, el cual, a diferencia del artículo 4, tenía un enunciado general.²⁸

El proceso de reconocimiento de las normas que sancionan los crímenes de guerra en CANI se vio materializado, finalmente, con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Dicho tratado sanciona, en su artículo 8.2.c., las violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, mientras que el artículo 8.2.e sanciona otras violaciones en el marco de CANI, diferentes de aquellas estipuladas en artículo 3 común. Sin embargo, es relevante señalar que a pesar de la importancia del Estatuto de Roma en materia de sanción de crímenes de guerra en CANI, existen crímenes de guerra que no han sido incluidos en el mismo. Entre ellos, se pueden señalar, por ejemplo, aquellas normas que sancionan medios prohibidos o la perfidia, las cuales sí están recogidas en el derecho consuetudinario, conforme se señala en el estudio realizado por el CICR (normas consuetudinarias de la 70 a la 86 en el caso de medios prohibidos y normas consuetudinarias de la 58 a la 65 en el caso de la perfidia).²⁹

²⁷ LA HAYE, EVE. Op. Cit, p. 149.

²⁸ Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. *Resolución 827 (1993)*. 25 de mayo de 1993.

²⁹ HENCKAERTS, J.M. *Estudio sobre el Derecho internacional Humanitario. Anexo: Lista de normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario*. Norma consuetudinaria 117. En : <<http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf>>. Revisado el 12 de enero de 2014.

También es importante rescatar que otras áreas del Derecho Internacional, además del DPI, han reconocido que se deben sancionar los crímenes de guerra o las violaciones graves a los derechos humanos en el marco de un CANI. En el DIDH, la Corte Interamericana³⁰ se ha referido en reiteradas ocasiones sobre la obligación de los Estados de investigar, sancionar y reparar a quienes cometieron violaciones al DIH en el marco de un CANI, a pesar de que puede no calificar el hecho como crimen de guerra, dado que no se trata de un tribunal que tenga competencia para reprimir dichos crímenes. En ese sentido, la Corte Interamericana se suele referir a las obligaciones que tienen los propios Estados del Sistema Interamericano en el marco del artículo 3 común, del Protocolo Adicional II y del DIH consuetudinario.

Por ejemplo, la Corte Interamericana se ha referido al deber que tienen los Estados de respetar y garantizar el principio de distinción conforme al artículo 3 común, así como de acuerdo con el artículo 13 del Protocolo Adicional II en casos como la Masacre de Mapiripán contra Colombia.³¹ Asimismo, ha señalado el deber que tienen los Estados de respetar el principio de precaución al momento de realizar ataques en el marco de un CANI en el caso de la Masacre de Santo Domingo, también contra el Estado colombiano, para lo que utilizó la norma 17 del estudio sobre DIH consuetudinario antes señalado.³²

La Corte Interamericana solo puede sancionar las violaciones de los Estados parte de tratados sobre los que tiene competencia, principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que excluye tanto a individuos, como a los grupos armados

³⁰ En el presente trabajo se hará uso principalmente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso del DIDH. Ello no solo por la importante jurisprudencia de dicho tribunal, sino por el especial impacto que tiene en el continente y específicamente en el caso colombiano.

³¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 114.

³² Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, párr. 215.

organizados. No obstante, no deja de ser importante que por medio de sentencias de carácter vinculante establezca que determinadas acciones deben ser respetadas en el marco de un CANI y que cuando no se cumplan, exista un deber de sancionar las mismas.

Dentro de la prohibición de los actos que no se deben cometer en tiempos de conflictos armados que la Corte Interamericana ha indicado, no solo ha incluido los actos que pueden configurar como crímenes de guerra, sino, en general, todas las violaciones a los derechos humanos. Los derechos humanos, al aplicarse en todo momento, también deben respetarse en el marco de contextos de conflictos armados, teniendo en cuenta especialmente la prohibición de cometer graves violaciones a los derechos humanos. Si bien no existe un catálogo cerrado sobre cuáles son estas graves violaciones, sí hay un consenso de que estas incluyen, por lo menos, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura,³³ aunque se pueden incluir otras, como la esclavitud, la violencia sexual y el desplazamiento forzado, por mencionar algunas.³⁴ A diferencia de los crímenes de lesa humanidad, las graves violaciones no requieren del criterio de sistematicidad o generalidad.

Asimismo, los estándares de la Corte Interamericana establecen que los procesos penales, en especial frente a graves violaciones a los derechos humanos, deben ser conformes al deber de los Estados de investigar los delitos y sancionar a los culpables. Por ello, no basta con que el Estado inicie procesos contra los perpetradores, lo cual involucra eliminar amnistías u otros mecanismos que garantizan la impunidad. Además, debe generar condiciones adecuadas para que el juicio cumpla con las necesidades de las víctimas y no sean solo meras formalidades que terminen avalando legalmente circunstancias de

³³ En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, pp. 51-52.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-579/13*. 28 de agosto de 2013.

impunidad.³⁵ Para ello, ha indicado que los procesos deben satisfacer las siguientes características: (i) el proceso y las investigaciones deben ser conducidas teniendo en consideración la complejidad de los hechos y los contextos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos; en ese sentido, se deben evitar omisiones al momento de recolectar las pruebas y diseñar las líneas lógicas de investigación; (ii) el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía ni debe argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, el principio *non bis in idem* o cualquier excluyente de responsabilidad; (iii) las autoridades competentes deben realizar las investigaciones *ex officio*, utilizando los recursos logísticos necesarios, así como el acceso a la documentación e información pertinentes para investigar los hechos denunciados; (iv) las autoridades deben abstenerse de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso de investigación; y (v) la investigación deberá determinar la identidad de los presuntos autores materiales e intelectuales del crimen.³⁶

De otro lado, conforme a la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el caso Barrios Altos contra Perú, se indica que

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y

³⁵ OLIVERA ASTETE, Jean Franco. *Loc.Cit.*

³⁶ Corte IDH. *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. Óp. cit., párr. 196. *Caso Anzualdo Vs. Perú*. Óp. cit., párr. 181. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 262, párr. 327. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 257.

las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.³⁷

Al respecto, si bien ya desde hace más de una década existe una importante jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana sobre la prohibición de amnistías u otras disposiciones que buscan asegurar la impunidad, estas usualmente se han dado para circunstancias de transiciones de dictaduras a democracias. Incluso, en el caso peruano, donde tanto la Corte IDH como el propio Estado han admitido que existió un conflicto armado no internacional entre 1980 y el 2000, el trato que se dio a las leyes de amnistía emitidas por el gobierno de Fujimori no ha sido en el marco de las obligaciones emanadas en periodos posconflicto. Sin embargo, ello cambió con la sentencia de la Masacre del El Mozote contra El Salvador, donde la Corte enfatiza su análisis sobre amnistías en el marco de procesos de paz tras finalizar un CANI. Para ello, la Corte Interamericana, como no podía ser de otra manera, analiza el artículo 6(5) del Protocolo II, en relación con las obligaciones de los Estados en el marco del DIH y del propio DIDH, indicando que:

“Sin embargo, esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra. Por esta razón, “las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello” no podrán estar cubiertas por una amnistía. Por consiguiente, puede entenderse que el artículo 6.5 del Protocolo II adicional está referido a amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, siempre que no se trate de

³⁷ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 225.

hechos que, como los del presente caso, cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad”³⁸

Por ello, la Corte Interamericana concluye, siguiendo su tendencia jurisprudencial, que:

“la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, referida esta última norma a la obligación de adecuar su derecho interno a lo previsto en ella. Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación, juzgamiento y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador”.³⁹

En conclusión, se puede afirmar que en el Derecho Internacional cada vez existe un catálogo más preciso de las acciones que merecen sanción cuando se realizan en el marco de conflictos armados, incluyendo el caso de los conflictos armados no internacionales.

³⁸ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 252, párr. 286.

³⁹ *Idem*, párr. 296.

Estas normas tienen su sustento principalmente en tres ramas del Derecho Internacional que son el DIH, el DIDH y el DPI, las cuales conforman parte del cuerpo jurídico general del Derecho Internacional cuando tiene su fundamento en situaciones en las que ha concluido un conflicto armado internacional o no internacional.

No obstante, estas mismas normas no suelen hacer referencia a la sanción correspondiente a la comisión del crimen ni mucho menos, en caso de que se asuma que la sanción es la prisión de libertad, a las características de la detención y el *quantum* de la pena, temas fundamentales a tener en consideración para el consecuente análisis de la presente investigación.

I.2. La justicia transicional y la justicia penal

Las sociedades que se encuentran en un periodo de transición como consecuencia del final de conflictos armados o regímenes dictatoriales tienen un gran número de prioridades para alcanzar la paz y la democracia, siendo uno de los temas de mayor relevancia el alcanzar justicia frente a las graves violaciones de derechos humanos o al DIH. El enfoque de una transición es dado por las características propias de la sociedad y presenta diferentes propuestas que oscilan entre la revisión del pasado y la construcción del futuro.⁴⁰

Si bien se comprende la dificultad de encontrar medidas que regulen diferentes escenarios de transición, el efecto expansivo de los derechos humanos busca generar estándares mínimos que deben ser respetados en estas circunstancias. Encontrar dichos estándares,

⁴⁰ VAN ZYL, Paul. Promoviendo la Justicia Transicional en sociedades post conflicto. En: En: REATEGUI, Felix (Coordinador). Justicia Transicional: Manual para América Latina. Brasilia: Comisión de Amnistía. Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional. 2011. p. 55.

que como fuentes de obligaciones sean plausibles de ser aplicados en diferentes contextos teniendo en cuenta sus peculiaridades, es el reto que el Derecho Internacional enfrenta en su búsqueda por regular a la justicia transicional.⁴¹

I.2.1. Límites de la justicia penal en sociedades en transición postconflicto

En las sociedades en transición del conflicto hacia la paz, existe un conjunto de retos para la aplicación de la justicia penal. El primero de ellos es la posibilidad real de las sociedades de afrontar este tipo de procesos, puesto que en muchos contextos, tras los conflictos armados, no se tienen siquiera las capacidades materiales (instituciones, operadores de justicia, seguridad para los testigos, espacios físicos) para llevar a cabo los juicios. A ello se suma la complejidad propia de los crímenes cometidos, debido a la masividad de estos, con un número muy grande de víctimas y victimarios.

Los mecanismos judiciales presentan ciertos límites que son característicos de su propia función, algunos de los cuales han sido identificados por Uprimy y Saffon.⁴² En primer lugar, se encuentra su carácter fragmentario, dado que analizan casos individuales. En segundo lugar, al ser llevado ante jueces, el análisis será principalmente jurídico, por lo que pierde la posibilidad de la interdisciplinariedad. Un tercer límite es la falta de sensibilidad frente a las víctimas en el proceso penal. Finalmente, el cuarto límite que señalan los autores es la complejidad de encontrar la verdad histórica mediante procesos judiciales, debido a la

⁴¹ OLIVERA ASTETE, Jean Franco. *La verdad como forma de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación a la transición peruana*. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

⁴² UPRIMY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, María Paula. *Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial*. En: DE GAMBO TAPIA, Camila (Editora). *Justicia Transicional: Teoría y Praxis*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2006. pp. 359-360.

onerosidad que significaría, los altos estándares probatorios, la debilidad e ineficiencia del sistema judicial, entre otros inconvenientes.⁴³

Asimismo, más allá de los aspectos técnicos o materiales, un aspecto a tener presente es el contexto político. Los procesos de transición suelen ser momentos de alta tensión política, y muy delicados y sensibles, en donde un grupo de poder está siendo reemplazado por otro. La tensión es inherente al contexto y es muy probable que no se llegue a un acuerdo frente al posible proceso que pueden seguir los juicios frente a los hechos ocurridos durante el conflicto.

En este punto, es importante señalar que la respuesta dependerá mucho del contexto en el que el conflicto llegue a su fin. Los problemas no serán los mismos en conflictos que terminen con la derrota militar de una de las partes, que en aquellos que terminen con un acuerdo de paz. En aquellos casos donde la victoria militar sucede, son los victoriosos los que suelen imponer la justicia, tanto en el marco de conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Un ejemplo clásico son los casos de los tribunales de Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial, puesto que todos los acusados fueron alemanes y no hubo ninguna acusación hacia nacionales de los países aliados, por lo que se creó, para sus críticos, la sensación de ser tribunales guiados por la venganza y no por la justicia.⁴⁴ Otro ejemplo de ello fue el propio TPIY, donde no solo la mayoría de los acusados han sido de ascendencia serbia, sino que, además, no se juzgó a ninguna persona que haya estado en el marco de las operaciones militares guiadas por la OTAN.⁴⁵

⁴³ OLIVERA ASTETE, Jean Franco. La complementariedad de los mecanismos judiciales y no judiciales de búsqueda de la verdad en las sociedades en transición. Portal Polemos. Disponible en: <http://polemos.pe/2015/10/la-complementariedad-de-los-mecanismos-judiciales-y-no-judiciales-de-busqueda-de-la-verdad-en-las-sociedades-en-transicion-4/> Revisado el 12 de octubre de 2015.

⁴⁴ OROZCO ABAD, Iván. Óp. cit., pp. 49-56 y 68-70.

⁴⁵ TODOROV, Tzvetan. Los límites de la justicia. En: Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales. CASSESE, Antonio y Mireille DELMAS-MARTY (Editores). Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004, p. 63.

I.2.2. Respuestas desde la justicia transicional para la sanción penal

La justicia transicional lleva en su propio nombre el concepto de justicia. Sin embargo, este término no puede ser asimilable de manera inmediata al de justicia en el Derecho Penal. Según la definición de Félix Reátegui antes reseñada, la justicia transicional es la justicia que se puede dar a las víctimas de sociedades que han superado dictaduras o conflictos armados y en las que se ha producido un conjunto de violaciones masivas a los derechos humanos o al DIH. En este sentido, la justicia en estricto será uno de los elementos a tener presente en un proceso de transición, junto con otros como la búsqueda de la verdad, las reparaciones o las medidas de no repetición. La complementariedad de estos cuatro elementos será necesaria para facilitar la satisfacción de las necesidades de las víctimas.

Sin embargo, es cierto que en las últimas décadas ha surgido un proceso cada vez mayor de judicialización de la justicia transicional movido por la actividad de organizaciones internacionales y tribunales de Derecho Internacional.⁴⁶ Este proceso ha influido directamente en las transiciones al añadir un importante énfasis en los procesos penales para la sanción a los responsables, a lo cual denomino como la justicia en transición, es decir, los mecanismos de justicia en estricto en el marco de procesos transicionales. Por su parte, esta búsqueda de justicia también se ha visto reflejada en el marco del *ius post bellum*, donde este elemento adquiere cada vez más importancia. En general, la justicia en transición puede darse mediante diversidad de mecanismos, los cuales pueden clasificarse de acuerdo a su origen como internacionales, internos o híbridos.

⁴⁶ SEILS, Paul. “La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional”. En: ALMQVIST, Jessica y Carlos ESPÓSITO (editores). *Justicia Transicional en Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 27.

Los mecanismos internacionales de justicia en transición tuvieron su nacimiento en los tribunales de Núremberg y Tokio, siendo la piedra fundacional de los procesos de sanción penal internacional a individuos. Posteriormente, tras la finalización de la Guerra Fría, los tribunales Ad Hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda se han convertido en los ejemplos más importantes de tribunales penales internacionales, debido al número de casos resueltos y a los importantes avances jurisprudenciales que han realizado para el Derecho Internacional y la lucha contra la impunidad. Asimismo, dichos tribunales sentaron las bases para la conformación posterior de la Corte Penal Internacional, primer tribunal penal de alcance global y permanente.

Por su parte, los procesos de justicia en transición a nivel interno han presentado diversas complicaciones, puesto que al tratarse de esfuerzos muchas veces impulsados por la sociedad civil se trata de procesos de victorias y derrotas constantes, pero con un efecto directo en las sociedades donde ocurrieron los hechos. Los ejemplos son muchos y pueden mencionarse algunos, como los juicios en Argentina, Guatemala, Perú, Colombia, España y Bélgica. Dichos casos fueron solo algunos de los contextos en los que se ha litigado a nivel interno casos vinculados con periodos transicionales en los que se cometieron violaciones graves a los derechos humanos o al DIH. En algunos de estos casos, como en España o Bélgica, los procesos se dieron fuera del Estado donde ocurrieron los hechos por medio de la jurisdicción universal, mientras que en otros se trató de procesos en los propios Estados donde ocurrieron los hechos.

Finalmente, la opción híbrida es aquella que ha optado por la creación de tribunales internos, pero con algunas características internacionales, como pueden ser la presencia de jueces extranjeros o normas ajenas al ordenamiento nacional (sanción por crímenes internacionales no tipificados con anterioridad en el Derecho interno). El primer tribunal de

este tipo fue el Tribunal Especial para Sierra Leona. Posteriormente, se crearon otros como las Salas Extraordinarias en la Corte de Camboya o Salas Especiales para Timor Leste. En estos casos ha existido un apoyo importante por parte de las Naciones Unidas para su creación.

De esta manera, se puede afirmar que la relación de la justicia transicional con la justicia en transición es larga y compleja. La propia genealogía de la justicia transicional realizada por Ruti Teittel tiene como base la relación de este campo multidisciplinario con los juicios por la comisión de crímenes internacionales, ya sea por tribunales internacionales o internos.⁴⁷ Es así que para Teitel el inicio de la justicia transicional se da precisamente con la realización de los juicios de Núremberg y Tokio. Después de esta primera etapa, vino una segunda que trajo a discusión el debate de verdad o justicia, por la imposibilidad de los juicios, principalmente en los países del Cono Sur que transitaban de la dictadura a la democracia y que dio como resultado la aparición de las comisiones de verdad. Finalmente, la tercera etapa de la genealogía de Teitel se enmarca en el proceso de la lucha contra la impunidad en el marco del Derecho Internacional, la creación de tribunales internacionales y la interacción de estos con los ordenamientos jurídicos internos. De esta manera, se puede observar cómo la justicia transicional ha tenido respuestas diversas frente a contextos y épocas distintas, las cuales cumplen un espectro muy diverso de propuestas que van desde el impulso de los procesos penales hasta la creación de mecanismos que puedan ser una respuesta diferente de justicia ante situaciones de impunidad, del impulso de mecanismos diseñados y ejecutados por la comunidad internacional hasta el fortalecimiento humano o institucional de los mecanismos internos.

⁴⁷ TEITEL, Ruti. "Genealogía de la Justicia Transicional". En: REATEGUI, Félix (coordinador). *Justicia Transicional: Manual para América Latina*. Brasilia: Comisión de Amnistía. Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, pp. 135-172.

No obstante, en muchos contextos, la justicia en transición no ha sido un proceso coordinado con los otros pilares de la justicia transicional. Esto se ha dado, generalmente, en situaciones en donde no existía la posibilidad de juzgar a los perpetradores, por lo que el contexto de impunidad generó que la judicialización de los casos sea una agenda por sí misma, tanto por parte de las víctimas como de las organizaciones de la sociedad civil, como ha sido en los casos de Guatemala o Uruguay.

El caso uruguayo puede ser un buen ejemplo de cómo la búsqueda de la judicialización en una transición ha tenido un énfasis particular para la agenda transicional. En dicho país, a pesar de la existencia de dos comisiones de la verdad (aunque ambas fueron muy cuestionadas),⁴⁸ es el proceso de eliminación de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado el que ha impulsado los grandes esfuerzos por parte de la sociedad posdictadura militar. Dentro de dichos esfuerzos se pueden mencionar dos referéndums, una ley por parte del parlamento uruguayo y algunas sentencias de Corte Suprema al respecto. No obstante, esta agenda de justicia en transición no ha estado acompañada por procesos de búsqueda de verdad sinceros ni reparaciones ni medidas de no repetición.

En este punto, es importante tener presente la relevancia de los tribunales de derechos humanos en los periodos transicionales para la búsqueda de la judicialización de los casos en sede interna. En especial, como se ha indicado, la Corte Interamericana ha tenido un rol esencial en la construcción de estos estándares, tanto para el caso uruguayo -para seguir con el caso citado- como en otros contextos desde la sentencia del caso Barrios Altos contra Perú en el 2001 y en la cual se indicó que las leyes de amnistía que garantizaban la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos no tenían

⁴⁸ HAYNER, Priscilla B. *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Nueva York: Routledge, 2011.

valor jurídico.⁴⁹ Dicha interpretación ha sido utilizada para el caso de Chile,⁵⁰ Brasil,⁵¹ Uruguay⁵² y El Salvador.⁵³

La agenda de la sanción penal, además, se ha producido en contextos donde la comunidad internacional ha intervenido para la búsqueda de la justicia, como ha sucedido en los contextos de la creación de tribunales Ad Hoc mixtos. En dichos casos, también se ha llegado a producir procesos transicionales desarticulados en los que la agenda de la justicia en transición no siempre ha estado en coordinación con la del resto de mecanismos de justicia transicional. Uno de estos casos se produjo en Sierra Leona, en donde las actividades de la Comisión de la Verdad y de la Corte Especial para Sierra Leona tuvieron serios enfrentamientos debido al uso en los juicios de declaraciones brindadas en el proceso de la comisión de la verdad.⁵⁴

En conclusión, se puede afirmar que, a pesar de los casos en que la justicia en transición, mediante los juicios penales, no ha estado coordinada o ha tenido diferencias sustanciales con los otros mecanismos transicionales, existe un vínculo cada vez mayor entre la sanción a los perpetradores y otras medidas que buscan recordar el pasado y construir un nuevo futuro. Es precisamente en este marco donde los estándares del Derecho Internacional y

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219

⁵² Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

⁵³ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 252.

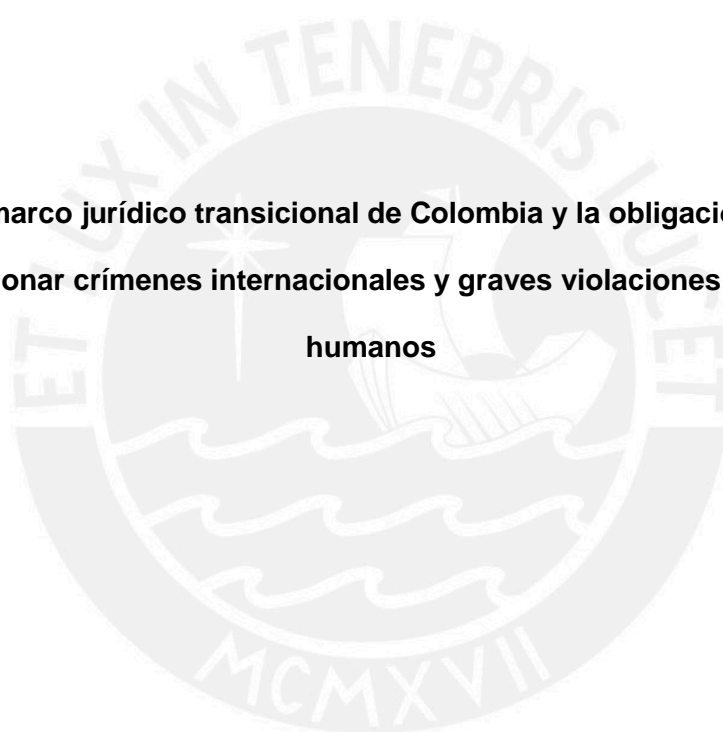
⁵⁴ SCHABAS, William A. The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone. *Human Rights Quarterly* 25 (2003), John Hopkins University Press, pp. 1035-1066.

de la lucha contra la impunidad están más presentes, por lo que deberán ser respetados, sin que ello signifique tampoco que no exista un conjunto de posibilidades políticas para viabilizar la transición.

Cuando en la transición se dé un conflicto hacia la paz, la justicia en transición deberá regirse por los estándares de periodos posconflicto, lo cual, a diferencia de los casos de transición a la paz, significa que necesariamente se tengan presentes las normas de DIH y DPI que son aplicables una vez finalizadas las hostilidades, como puede ser el caso de aquellas destinadas a la sanción de quienes cometieron crímenes de guerra o violaciones al DIH en general, según se explicó en el apartado anterior y que también forman parte del *ius post bellum*.

El caso actual de Colombia se encuentra en un momento en el que se debate la necesidad de buscar la sanción a los responsables y el balance que ello debe tener con el objetivo de lograr la paz. Por estos motivos es que, siguiendo los parámetros desarrollados en este capítulo, se debe analizar hasta qué punto se pueden desarrollar medidas de justicia transicional que, teniendo un fundamento esencialmente político, estén conformes con los estándares actuales de la justicia en transición en escenarios posconflicto.

**Capítulo 2: El marco jurídico transicional de Colombia y la obligación de investigar,
juzgar y sancionar crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos
humanos**



Las características del contexto “transicional” colombiano son muy particulares frente a otros. Ello se debe a que se ha asumido como un discurso institucional la justicia transicional, teniendo en cuenta a este campo multidisciplinario como un área cuyas directrices guían un conjunto de normas que buscan establecer un campo jurídico formal de transición. Estas medidas se implementan por medio de un conjunto de políticas públicas desarrolladas mediante un trabajo conjunto de distintas instituciones del Estado, como puede ser la Fiscalía, el Poder Judicial, la Unidad para la Atención y Reparación Integral para las Víctimas, la Agencia Colombiana para la Reintegración, entre otras.

El enfoque transicional de estas instituciones, también se debe a que en los últimos años se ha emitido un conjunto de normas que, en mayor o menor medida, tienen dicho enfoque, como pueden ser la Ley 975 “Ley de Justicia y Paz” de 2005, la Ley 1448 “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras” de 2011 (la cual dio paso a la creación de la “Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas”) o el Acto Legislativo N° 01 de 2012 que reformó la Constitución colombiana y que es conocido como el “Marco Jurídico para Paz”. Esta normativa solo es una muestra de todo un proceso transicional extenso que se encuentra abalado, también, en sentencias de la Corte Constitucional colombiana como la C-370 de 2006 en el caso de la Ley de Justicia y Paz y la C-579 de 2013 en el caso del Marco para la Paz. Ambas serán desarrolladas en extenso en el presente capítulo.

Además del cada vez más complejo conjunto de lineamientos transicionales existente en Colombia, otra de las características de dicho contexto es que todo el aparato institucional de transición creado se desarrolló sin que propiamente exista una transición. Se han generado un conjunto de análisis sobre el contexto de la transición sin transición o de la

transición en conflicto.⁵⁵ Por ello, a diferencia de la mayoría de los procesos en donde las respuestas transicionales se han dado con posterioridad del hecho que generó el cambio, en el caso colombiano, las medidas se han dado como reacción frente a procesos particulares definidos por las características de los actores o, incluso, por las características propias de determinados espacios geográficos.

Entender la instauración de mecanismos transicionales en una sociedad que aún vive las consecuencias de un conflicto latente ha sido un reto y una experiencia que ha dejado importantes lecciones al estudio de las sociedades en transición, más aún en este contexto, en el que se debaten los Acuerdos de Paz de la Habana, proceso para y desde el cual se está construyendo el aparato de justicia transicional más complejo de la historia colombiana y uno de los más complejos existentes a nivel mundial. El Marco para la Paz realizó un aporte importante para regular un marco transicional con el objetivo de apoyar las negociaciones en La Habana y mejorar sus posibilidades de éxito. De igual manera, en las mismas negociaciones, se han alcanzado acuerdos importantes para transformar a la sociedad posconflicto, como la propiedad de la tierra o la creación de una comisión de la verdad.

Sin embargo, quizás el tema más complejo para poder analizar y legislar al respecto, en el arco de las medidas del posible periodo posconflicto, son aquellas referidas a la justicia penal. El proceso de la Ley de Justicia y Paz fue una primera experiencia, que con las críticas que se le han podido hacer, de alguna manera, ha servido como termómetro para analizar el actual proceso en cuanto a justicia se refiere.

⁵⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia, 2006.

En el presente capítulo, se analizarán los procesos de la Ley de Justicia y Paz, y del Marco Jurídico para la Paz conforme al marco teórico de los estándares internacionales desarrollado en el primer capítulo. De esta manera, se analizará la compatibilidad de dichos marcos con los estándares de la justicia en transición en contextos posconflicto y así adoptar conclusiones sobre la manera en la que debería proceder su aplicación para que no exista conflicto entre los mismos.

II.1.1. La experiencia de la Ley de Justicia y Paz

La Ley 975 o Ley de Justicia y Paz fue aprobada por el Congreso de Colombia el 22 de julio de 2005. El objetivo de la norma, estipulado en su artículo 1, es el de “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.”

En su momento, se presentó como una medida de desarme, desmovilización y reintegración (en adelante DDR) dentro de muchas otras que se han dado en la historia colombiana, como el proceso de DDR del M-19, del EPL o las propias leyes predecesoras de la 975, como la Ley 782/02 del 23 de diciembre de 2002, “por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”; el Decreto 128 “por la cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil” de 22 de enero de 2003; el Decreto 3366, “por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2003” de 21 de noviembre de 2003; y el Decreto 2767, “por el cual se

reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la vida civil” del 31 de agosto de 2004.

El objetivo de la Ley de Justicia y Paz era (y sigue siendo) promover la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley, principalmente los grupos paramilitares y en especial el caso de las AUC, los cuales habían tenido un rol bastante preponderante en la violencia de las últimas décadas del conflicto colombiano, siendo responsables de numerosas masacres. Ello se produjo como consecuencia de las conversaciones que el entonces presidente Álvaro Uribe sostuvo con los paramilitares desde que asumió el poder en el 2002 y tuvo como momento relevante la firma del acuerdo para realizar un proceso de paz con las AUC en julio de 2003 en Santa Fé de Ralito.⁵⁶

Sin embargo, la norma se dio en un momento en el que el contexto jurídico internacional era muy distinto frente al contexto de las otras que la precedieron, debido a que, para inicios del nuevo milenio, ya existía un mayor desarrollo, conocimiento y relevancia de los estándares internacionales de lucha contra la impunidad descritos en el Capítulo 1, que son aplicables para casos de posconflicto (justicia en transición en el marco de la justicia transicional y del *ius post bellum*), y en consecuencia con el proceso de fortalecimiento y judicialización del concepto y los mecanismos de la justicia transicional, en específico, el desarrollo de la justicia en transición como elemento esencial de la misma, consecuencia de diversos instrumentos de *soft law* y de las decisiones y jurisprudencia de los organismos y tribunales internacionales. Ello llevó a que la norma sea fuertemente cuestionada desde su diseño inicial en el 2003 y después de su promulgación, desde dentro y fuera de Colombia, por lo que su constitucionalidad fue puesta en duda.

⁵⁶ CARRILLO, J Arturo. Verdad, justicia y reparación en Colombia ¿El camino hacia la paz y la reconciliación? En: BOUVIER, Virginia (Editora). *Colombia. La construcción de paz en tiempos de guerra*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014, pp. 180-181.

Finalmente, por medio de la sentencia C-370-06 del 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia declaró constitucional la Ley de Justicia y Paz, pero ordenó que se realicen determinadas interpretaciones y reformas, principalmente para dotarla de un enfoque más consistente en materia de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación, así como en garantías de no repetición. Al día de hoy, la norma se encuentra vigente y continúan las investigaciones y los procesos bajo su amparo en los tribunales especiales de Justicia y Paz, los cuales no han estado exceptos de críticas.

II.1.1. ¿Mecanismo de justicia en transición, de desmovilización o de impunidad?

El proceso previo y posterior a la promulgación de la Ley de Justicia y Paz, así como los debates que en el mismo surgieron, son un muy buen ejemplo de cómo los estándares internacionales de la justicia en transición en situaciones posconflicto reseñados en el Capítulo 1 han sido fundamentales para delimitar por medio del Derecho Internacional el enfoque político que tenía la justicia transicional y reafirmar el aspecto jurídico del *ius post bellum*.

En su concepción inicial, la Ley de Justicia y Paz -o Ley de Alternatividad Penal, nombre con el que fue presentada como proyecto al Congreso por el presidente Uribe en agosto de 2003- no era un mecanismo muy distinto a otros que habían existido previamente en el conflicto colombiano. El principal modelo fue el de las conversaciones de paz con el M-19 en 1990, cuya única finalidad era poder alcanzar la desmovilización. El paradigma establecía que se otorgaban perdones o amnistías a los miembros de los grupos armados por los hechos cometidos durante el conflicto, que iban de la mano con la reintegración a la

vida social y política del país, a cambio de su desmovilización y desarme.⁵⁷ El modelo no contemplaba sanciones para los perpetradores de crímenes cometidos en el marco del conflicto, dado que no tenía en cuenta los derechos de las víctimas a la justicia ni tampoco a la verdad, reparación o garantías de no repetición.

Sin embargo, para el 2003, se habían producido importantes progresos en el contexto internacional, producto del avance cada vez más importante de los mecanismos de lucha contra la impunidad y la jurisprudencia de distintas cortes internacionales. Entre ellos, se puede mencionar la creación de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), la Corte Penal Internacional (1998), y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde el primer caso que resolvió con sentencia de fondo (1988) instauró importantes cambios en la región sobre los estándares internacionales de justicia y prohibición de amnistías para violaciones a los derechos humanos y al DIH, especialmente desde el caso Barrios Altos (2001). A ello se sumó también un cambio en el contexto interno colombiano con una constitución –la de 1991– que reconocía la supremacía de los tratados de derechos humanos y la labor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para la protección de los mismos.

El proyecto de “Ley de Alternatividad Penal” tenía un importante apoyo, dado que era impulsado por un gobierno popular, que tenía mayoría en el Congreso. Sin embargo, también fue duramente criticado por actores internos y externos. Esta situación originó un debate importante entre dos discursos, el del gobierno y los paramilitares, que presentaba la norma como una forma de pasar la página por medio del perdón y el olvido, y el de los

⁵⁷ CARRILLO, J Arturo. *Óp. Cit*, pp. 186-189

grupos de derechos humanos que buscaban reivindicar los derechos de las víctimas.⁵⁸ Este debate fue de gran relevancia, puesto que el impacto que tuvo visibilizó los temas de derechos humanos en la sociedad colombiana.

Entre las críticas que se hicieron a la “Ley de Alternatividad Penal” se encontraba que fue elaborada sin que se realice un debate público sobre la misma; no mencionaba las obligaciones de Derecho Internacional ni los derechos de las víctimas; no reconocía la obligación de castigar los crímenes internacionales; las penas alternativas que proponía eran de fácil acceso y no tenían en cuenta la gravedad de los crímenes cometidos; y que, además de no tener presente el derecho a la justicia, tampoco implementaba un mecanismo que vele porque en detrimento del mismo puedan satisfacerse los derechos a la verdad y a la reparación.⁵⁹ Estas deficiencias en la norma desde un enfoque de derechos de las víctimas, junto con el empoderamiento del discurso y del movimiento de derechos humanos, generaron una presión que culminó con el retiro del proyecto en junio de 2004.

Frente a las críticas y proyectos de ley paralelos que fueron elaborados por algunos congresistas, finalmente, el gobierno de Uribe remitió al Congreso una norma que, con algunos cambios mínimos, terminó siendo la Ley de Justicia y Paz. La transformación que sufrió la norma en esos dos años de debate fue muy grande. Por ejemplo, a diferencia de su predecesora, la Ley de Justicia y Paz reconoce los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación de manera general (artículo 4) y en específico (artículos 6, 7 y 8, respectivamente). Asimismo, hizo que el proceso de desmovilización ya no signifique un mecanismo que garantice la impunidad, al establecer penas alternativas condicionadas a

⁵⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Gabriel Ignacio. *Justicia transicional en disputa. Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012*. Medellín: Universidad de Antioquía, 2014, p. 98.

⁵⁹ CARRILLO, J Arturo. *Loc. Cit.*

la confesión que facilitarían “la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización” (artículo 3). El elemento más importante de la nueva norma se centraba en el mecanismo conocido como “versión libre” (artículo 17), por medio del cual el paramilitar podía confesar sus crímenes para poder recibir la pena alternativa.

No obstante, a pesar de los cambios que tuvo la Ley de Justicia y Paz frente al proyecto de Ley de Alternatividad Penal, surgieron serias críticas frente a la nueva norma, por lo que se cuestionó su constitucionalidad. Las principales críticas a la norma no se dieron por su falta de reconocimiento general a los derechos de las víctimas, lo cual hizo, como ya se indicó, sino por la deficiencia de los mecanismos desarrollados en la ley para satisfacer dichos derechos.⁶⁰ El principal problema de la Ley de Justicia y Paz en su versión original en materia de justicia era que otorgaba el beneficio de la reducción de la pena sin que para ello se satisfagan de manera adecuada los otros derechos de las víctimas, puesto que no exigía la confesión plena de los hechos ni la entrega de todos los bienes que estén en su poder para la reparación.

Los cuestionamientos a la Ley de Justicia y Paz fueron llevados ante la Corte Constitucional. Dicho tribunal, mediante la sentencia C-370-06 del 18 de mayo de 2006, mantuvo la norma dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pero la ajustó a los estándares internacionales de lucha contra la impunidad y derechos de las víctimas.

⁶⁰ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y María Paula SAFFON SANÍN. La ley de “justicia y paz”: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades? En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia, 2006, p. 176.

Un primer punto relevante de la sentencia es que la misma indica que la ley no es una norma que conceda amnistía ni indulto. Ello se debe a que la Corte Constitucional asume la teoría de que en Colombia se aplican los principios de justicia transicional -justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición- y que, en el marco del conjunto de necesidades de las sociedades que se encuentran superando un conflicto armado, se debe admitir que pueden existir conflictos entre los principios y las necesidades de las mismas.⁶¹

La Corte Constitucional de Colombia admitió que existía un conflicto entre los valores de la justicia y la paz, por lo que se tendría que realizar una ponderación entre los mismos, pero teniendo presente en todo momento los derechos de las víctimas.

Es desde esa posición que la Corte Constitucional hace uno de los principales aportes para entender el valor de la justicia penal no solo como el castigo, sino por el valor que la sanción misma tiene. En ese sentido, la sentencia ordena que se mantenga la mención a la pena ordinaria, a pesar de que se vaya a cumplir de manera efectiva la pena alternativa. Es así que se asume que no existe amnistía ni indulto, dado que la pena ordinaria no desaparece, lo que “sucede es que el condenado que reúna los requisitos establecidos en dicha ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado”.⁶²

Al respecto, es importante señalar que la Corte aclaró que para que el desmovilizado pueda acceder a la pena alternativa debía cumplir estrictamente con todos sus deberes ligados a los derechos a la verdad, reparación y garantías de no repetición. Es así que solo los crímenes confesados en la audiencia de versión libre serían considerados para la sanción

⁶¹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y María Paula SAFFON SANÍN. ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional. En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: DeJuSticia, 2006, p. 203.

⁶² Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-370-06*. 18 de mayo de 2006. Punto 6.2.1.4.1.

alternativa, por lo que cualquier crimen no confesado y que sea conocido con posterioridad sería juzgado por la ley penal ordinaria. Asimismo, se estableció que el imputado debía responder a la reparación con todos los bienes que tenía (no solo los obtenidos de manera ilícita) y que sería solidariamente responsable frente a los crímenes cometidos por el grupo al que pertenecía.⁶³

De esta manera, tras los cambios propuestos por la Corte Constitucional, se precisaron las obligaciones de aquellos que se querían someter al proceso especial de Justicia y Paz. De no cumplir con dichas obligaciones, el beneficio de la pena alternativa era eliminado y se retornaba a la pena inicial tipificada en el Código Penal, debido a que la pena principal solo quedaba suspendida por el periodo de la pena efectiva otorgada mediante el proceso de Justicia y Paz, sumado al periodo de libertad a prueba⁶⁴ en el que el imputado no podía cometer ningún otro delito.⁶⁵ Este mecanismo de imposición de pena hizo que en su momento Uprimny indique que no se podía tratar en estricto de una pena alternativa, puesto que por definición se accede a las penas alternativas por medio de requisitos previos, que una vez cumplidos eliminan la pena principal. Por el contrario, argumenta que se trata en realidad de un subrogado penal, dado que el otorgamiento de la “pena alternativa” no elimina la pena principal y, además, el imputado sigue en constante evaluación sobre los

⁶³ CARRILLO, J Arturo. *Óp. Cit*, pp. 195-196.

⁶⁴ Se trata del periodo de evaluación que corresponde a la mitad del tiempo de la pena efectiva, es decir la ordenada en el proceso de justicia y paz.

⁶⁵ Esta fue otra precisión de la sentencia, en vista de que en un inicio la evaluación solo se entendía frente a la comisión de los actos por los que había sido condenado. Sin embargo, la Corte señaló que ello iba en contra de las obligaciones que el Estado debe garantizar en el marco de las garantías de no repetición. Por ello, indicó que “tal como está redactado el inciso 4º, el compromiso que adquiere el beneficiario de la pena alternativa durante el período de libertad a prueba consiste en *“no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley”*. Esta expresión comporta una desproporcionada afectación del valor justicia y del derecho de las víctimas a la no repetición, por cuanto permite la coexistencia del beneficio de reducción de pena con fenómenos de reincidencia en relación con delitos distintos a aquellos por los cuales fue condenado. Ningún aporte a la paz o a la justicia puede hacer una medida permisiva de esta naturaleza. Los beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz.”

actos que le permitieron acceder al proceso de justicia y paz y se le sigue imponiendo obligaciones. Ello, como se indicó, continúa incluso hasta cumplida no solo la pena efectiva, sino también durante el periodo de libertad a prueba señalado en la norma.⁶⁶

Más allá de la definición en estricto, lo cierto es que las características que la Corte Constitucional otorga a la alternividad regulada en el artículo 3 de la Ley de Justicia y Paz generan un cambio importante frente a la idea inicialmente concebida en la norma. Es así que mediante un enfoque en los derechos de las víctimas se generó la idea de que la ponderación entre paz y justicia no podía ser un debate que se solucione de manera sencilla o con mecanismos abstractos. Por el contrario, se debía actuar por medio de procesos que, si bien pueden ceder un poco de justicia por el derecho general de la sociedad a la paz, no deben dejar de tener presente los aspectos nucleares de una transición que siga los estándares del Derecho Internacional.

Es así que, entre las muchas otras precisiones que la Corte realizó para garantizar la constitucionalidad de la norma -como que la pena privativa de libertad debe cumplirse en un establecimiento penitenciario-, una de gran relevancia para el presente trabajo es la importancia que dio al rol de las víctimas en los procesos penales. Esta precisión no es de poca relevancia, dado que, tradicionalmente, en el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en los casos llevados ante sistemas de protección de derechos humanos, la víctima tiene un papel muy reducido como sujeto procesal. No obstante, es con los casos de comisión de crímenes internacionales o graves violaciones de derechos humanos que se cuestiona el rol de las víctimas en el proceso penal, debido a que este procedimiento cumple un factor fundamental en el marco de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y

⁶⁶ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y María Paula SAFFON SANÍN. ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional. En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *Óp. Cít.*, pp. 211-212.

reparación. Entender el proceso penal sin tener presente su función en los periodos de posconflicto es inconcebible si se busca alcanzar una transición que supere las serias afectaciones que se cometieron sobre un grupo de personas, generalmente en situación de vulnerabilidad.⁶⁷

La Corte Constitucional reconoce la importancia que ha otorgado en su jurisprudencia al rol de las víctimas en los procesos en los que se han cometido violaciones al DIH o a los derechos humanos y, por ello, precisa que dicho rol no puede ser accesorio en los procesos que se vayan a llevar en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, la Corte señala que:

“6.2.3.2.1.7. (...) el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a *participar* en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa, por ejemplo, en *"que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas"*

6.2.3.2.1.8. En la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte consolidó un replanteamiento de los derechos de las víctimas que ya se venía gestando en la jurisprudencia, señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento

⁶⁷ OLIVERA ASTETE, Jean Franco. *La verdad como forma de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación a la transición peruana*. Óp. Cit, pp. 140-141.

pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, puede intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se le pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza, superando así una concepción precaria de los derechos de las víctimas limitada sólo a la reparación económica.”

En su sentencia, la Corte reafirma la necesidad de la participación de las víctimas en todo momento del proceso, así como el acceso al propio expediente, y a otorgar en el momento que estime oportuno, de acuerdo con las reglas procesales, la información que considere pertinente. Ya en el 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) indicó la importancia de este reconocimiento por parte de la Corte Constitucional, dado que “la participación de las víctimas en las distintas etapas procesales constituye garantía del derecho a la verdad y la justicia, forma parte de la compleja estructura de pesos y contra pesos del proceso penal y favorece la fiscalización ciudadana de los actos del Estado.”⁶⁸

De esta manera, se puede apreciar cómo la Ley de Justicia y Paz fue mucho más que una norma. Se trató de un proceso jurídico, político y social que transformó en buena medida el discurso que se utilizaba en Colombia. La norma introdujo el debate sobre la aplicación o no de la justicia transicional, en gran medida, sobre la base de si se podría hablar de transición en Colombia en esa época. Asimismo, la norma también puso en agenda pública los derechos de las víctimas y los avances que desde el derecho colombiano y el Derecho Internacional existían para protegerlos. No obstante, la Ley de Justicia y Paz también

⁶⁸ CIDH. *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. Washington D.C: Washington D.C: CIDH, 2 de octubre de 2007. Similar razonamiento tuvo la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-370/06. 13 de julio de 2006, párr. 35.

evidenció que existía una fuerte corriente política y social que buscaba dejar atrás los años de violencia y que por la paz estaba dispuesta a pagar un alto costo.

El debate se llevó a la Corte Constitucional, cuya sentencia, al trabajar sobre la base de un criterio de ponderación, buscó conciliar ambas posturas, y declaró exequible la norma, pero se le dio un mayor contenido a partir de un enfoque de derechos humanos en los artículos y, en especial, en los mecanismos de ejecución de los objetivos de la norma. Es precisamente el cambio que la Corte propuso en la Ley lo que pudo salvar su legitimidad frente a los estándares de justicia transicional y *ius post belum* desarrollados internacionalmente para garantizar la justicia en transiciones. Sin embargo, la mayor pregunta es si el contenido final de la norma, tras las modificaciones realizadas por la sentencia de la Corte Constitucional, ciertamente, es compatible con dichos estándares y, por lo tanto, no se trata de una medida de impunidad encubierta.

La importancia de esta pregunta se centra en que la Ley de Justicia y Paz, si bien no lo indica de manera literal, tiene como objetivo ser utilizada frente a casos de crímenes de guerra y graves violaciones a los derechos humanos y al DIH, debido a que todos los otros crímenes que no podrían ser considerados como tales ya quedaban cubiertos por la norma 782 de 2002. Al respecto, es importante indicar que el artículo 19 de esta última norma, si bien poco preciso en terminología jurídica, señala que “[n]o se aplicará lo dispuesto en este título [indulto] a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.”

La importancia de este debate frente a la Ley de Justicia y Paz es que esta norma no está pensada para delitos políticos que, como se ha indicado en el Capítulo I, pueden ser

amnistiados o indultados según lo estipulado en el Protocolo Adicional II. Por ello, la posibilidad inicialmente planteada en la Ley de Alternatividad Penal fue descartada. Incluso, tras los ajustes realizados, la Ley de Justicia y Paz inicial tampoco cumplía con los estándares internacionales. Es recién con la sentencia de la Corte Constitucional que se tiene una evaluación jurídica de la norma y se puede llegar a conclusiones más concretas sobre si su contenido es conforme con el Derecho Internacional. Las lecciones que se pueden recoger de este proceso no solo han influido de manera directa en el contexto colombiano, sino que han sido importantes para debatir sobre el tema en el contexto global. Algunas de estas lecciones serán las que se presentarán en el siguiente párrafo y servirán como base de gran parte del análisis de los siguientes puntos a desarrollar en el trabajo.

II.1.2. Lecciones de la Ley de Justicia y Paz y su impacto en el juzgamiento y sanción de los actos cometidos en el marco del conflicto armado

La Ley de Justicia y Paz generó un importante debate en Colombia sobre la aplicabilidad de medidas transicionales en un Estado donde todavía existía un conflicto armado, aunque el gobierno de la época lo negaba. Es así que la normativa diseñada para la desmovilización de las AUC, que por primera vez planteó el debate sobre los derechos de las víctimas en estos procesos, generó un importante impacto que hasta el día de hoy refleja sus consecuencias.

En su informe de 2013, la CIDH indicó que la Ley de Justicia y Paz, tras la sentencia de la Corte Constitucional, en abstracto, cumplía con los estándares internacionales de lucha contra la impunidad, siguiendo la posición que adoptó en su informe de 2006. Asimismo, reconoció que dicha ley había “permitido develar parcialmente una verdad que hubiera sido

imposible de obtener por otros medios”.⁶⁹ Sin embargo, también indicó muchos de los problemas que tuvo su implementación, entre los que mencionó la falta de celeridad de los procesos, la extradición de muchos de los líderes de los paramilitares, las limitaciones para la participación de las víctimas y el otorgamiento de beneficios adicionales a los desmovilizados por medio de normas posteriores.⁷⁰

El problema de la dilación de los procesos es uno de los más preocupantes. En cifras al 31 de julio de 2015, existía un total de 57 883 hechos confesados y 84 353 víctimas relacionadas con dichos hechos. Asimismo, se había confesado la comisión de 40 161 homicidios, 2253 masacres, 2034 casos de tortura, 7020 casos de desaparición forzada y 135 de violencia sexual, por mencionar solo algunos delitos.⁷¹ No obstante, solo se han emitido, desde el 2006, 33 sentencias de primera instancia, 14 de las cuales también cuentan con sentencia de segunda instancia,⁷² a pesar de que, de acuerdo con las cifras del informe de la CIDH de 2013, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y La Paz tenía 1100 empleados en 59 fiscalías en todo Colombia.⁷³

Otro de los grandes problemas que se presentaron en estos años fue la extradición de muchos de los líderes de las AUC a Estados Unidos para cumplir sentencias por narcotráfico. En mayo de 2008, 14 de los principales jefes paramilitares que se habían sometido a la justicia en el marco del proceso de la Ley 975 fueron extraditados por delitos de narcotráfico a Estados Unidos para la sorpresa de toda la sociedad, puesto que el acto

⁶⁹ CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. Washington D.C: CIDH, 13 de diciembre de 2013, párr. 290.

⁷⁰ *Ídem*, párr. 297.

⁷¹ Para acceder a la información estadísticas se puede ingresar al siguientes enlace: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/09/estadisticas-DFNEJT.pdf>

⁷² Para acceder a las sentencias se puede ingresar al siguiente enlace: http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/ley_justicia_y_paz/

⁷³ CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. *Óp. Cit*, párr. 294.

fue realizado casi de forma clandestina por el gobierno,⁷⁴ a pesar de que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se había pronunciado el 10 de abril de dicho año, en el caso del desmovilizado Manuel Enrique Torregosa Castro, afirmando que la extradición no se debía producir, en vista de que el postulado se encontraba cumpliendo sus obligaciones en el marco de la Ley de Justicia y Paz y tenía deberes en el marco de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación que debían ser acatados en territorio colombiano.⁷⁵

En total, se reportó que para agosto de 2011 se han producido 31 solicitudes de extradiciones de postulados, de los cuales 29 sí fueron finalmente llevados a Estados Unidos.⁷⁶ La extradición de los paramilitares generó un impacto muy negativo en la confianza que se podía tener en el proceso de Justicia y Paz, no solo porque se trataba de líderes paramilitares, cuyos testimonios efectivamente aportaban a la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas, sino porque se trataba de personas que se encontraban dando información sobre los procesos de parapolítica, lo que demostraba la participación de políticos (en muchos casos, ligados al gobierno de Uribe) en los crímenes cometidos por las AUC.⁷⁷

Las extradiciones no solo han dificultado el acceso a la verdad de las víctimas, sino también su derecho a la justicia, dado que, como se ha denunciado, la justicia estadounidense prioriza el juzgamiento de los crímenes de narcotráfico frente los delitos a los derechos

⁷⁴ APONTE, Alejandro. "Colombia: un caso *sui generis* de la justicia de transición". *Óp. Cit*, p. 97.

⁷⁵ SALA PENAL DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Proceso N° 29472, caso Manuel Enrique Torregosa Castro*. 10 de abril de 2008. Disponible en: http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/Providencias/29472_10-04-08_EXCLUSION_CONTINUA_DELIQUIENDO.pdf

⁷⁶ CIDH. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. *Óp. Cit*, párr. 298.

⁷⁷ APONTE, Alejandro. "Colombia: un caso *sui generis* de la justicia de transición". *Óp. Cit*, p. 98.

humanos y al DIH.⁷⁸ La misma Corte Interamericana también ha rechazado las extradiciones a los líderes paramilitares, señalando lo siguiente:

“166. Al respecto, es preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que establece que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. Un Estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras legales que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad. Por ello, en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos.”⁷⁹

Finalmente, también es importante tener presente que tanto antes como después de la sentencia de la Corte Constitucional el gobierno promulgó normas que iban en contra de la propia sentencia. Dentro de estas, se puede mencionar el Decreto N° 4760 de 2005, que fue denunciado por no facilitar la reparación de las víctimas;⁸⁰ el Decreto 3391 de 2006, denunciado por permitir reducir penas a los paramilitares sentenciados al aceptar que el tiempo en el que se encontraron en las zonas de concentración previo a su postulación sea computado como parte de sanción, lo cual iba en contra de lo señalado por la Corte

⁷⁸ ICTJ. *Una extradición polémica*. 14 de mayo de 2011. Disponible en: <https://www.ictj.org/es/news/una-extradicion-polemica>

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 166.

⁸⁰ CARRILLO, J Arturo. *Óp. Cit*, p. 196.

Constitucional;⁸¹ y la Ley 1312 de 2009, declarada inconstitucional en sentencia posterior por posibilitar que la nueva medida de desmovilización que planteaba dicha norma pueda ser una forma de impunidad.⁸²

Este recuento de acciones contrarias a la adecuada implementación de la Ley de Justicia y Paz, que no intenta ser exhaustivo, tiene como objetivo entender que más allá del diseño jurídico de la norma, que se perfeccionó bastante tras la sentencia de la Corte Constitucional, para que una norma de este tipo pueda tener éxito, desde el enfoque de los derechos de las víctimas, las medidas de implementación y ejecución de la misma son igual o incluso más importantes que el diseño inicial. Ello debido a que el objetivo final de las normas que buscan ponderar derechos y necesidades de las víctimas, y de la sociedad en su conjunto, debe tener un claro enfoque transformador.

Las normas como la Ley de Justicia y Paz que ceden en términos de justicia frente a la comisión de los actos más terribles, como son los crímenes internacionales o las violaciones graves a los derechos humanos o al DIH, solo pueden justificarse en el sentido de que su objetivo último sea poder alcanzar una transición que, sobre la base de los demás derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto, sea más justa y estable. La Ley 975 de 2005 fue una ventana de oportunidad que debía entenderse como la posibilidad para restablecer “la dignidad de las víctimas como sujetos de derechos y como ciudadanos que necesitan recuperar la confianza en las instituciones estatales”.⁸³ Por el contrario, el

⁸¹ CIDH. *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. Washington D.C: CIDH, 2 de octubre de 2007, párrs. 49-55.

⁸² CIDH. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. *Óp. Cit*, párrs. 321-323.

⁸³ CUERVO R. Jorge Iván, Eduardo BECHARA GÓMEZ y Verónica HISNOSTROZA ARENAS. *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales. A propósito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 56.

conjunto de medidas adoptadas en su implementación ha hecho parecer que su motivación no tenía como centro las necesidades de las víctimas.

La obligación de sancionar los crímenes internacionales es clara dentro del marco que regula la justicia en transición conforme a los estándares de las distintas áreas del Derecho Internacional en situaciones posconflicto. Por ello, cualquier flexibilización de los estándares debe tener presente no solo el fondo de la norma, sino la forma en que se implementará sin perder el objetivo que la orienta: alcanzar el mayor grado de justicia posible, entendiendo a la justicia en sentido amplio y no solo aquella que procede de los juicios penales, pero sin desconocer la importancia y necesidad de estos últimos.



II.2. El Marco Jurídico para la Paz

Con la entrada al gobierno del presidente Juan Manuel Santos, el enfoque que se tuvo frente al CANI en Colombia tuvo importantes cambios. En primer lugar, el mandatario reconoció la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional en territorio colombiano. Ello fue un cambio importante en la política interna del país frente al discurso de su antecesor Álvaro Uribe, quien no dudó en criticar la nueva medida de su sucesor.⁸⁴ Es así que la Ley 1448 de 2011, “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras”, reconoció, cuando hace la definición del término “víctimas” para dicha norma, que existe un conflicto armado no internacional en Colombia. El artículo 3 de dicha norma indica que:

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del **conflicto armado interno.**”
(Resaltado mío)

Además de reconocer el conflicto armado y, con ello, la aplicación del DIH en los enfrentamientos con las guerrillas (lo cual ya se aplicaba de facto por las fuerzas armadas y, así como con el término conflicto armado, también por los operadores de justicia), uno de los puntos importantes de la agenda del nuevo gobierno fue considerar que el final del conflicto no podía alcanzarse por medio del enfrentamiento armado. De esta manera, de

⁸⁴ EL ESPECTADOR. *Santos reconoce conflicto armado y Uribe lo controvierte*. 4 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-reconoce-conflicto-armado-y-uribe-controvierte-articulo-267421>. Revisado el 09 de octubre de 2015.

modo muy discreto al principio, se inician conversaciones con los líderes de las FARC para alcanzar una salida negociada al conflicto.

En este contexto, casi un mes antes de que el diálogo con las FARC se haga público, el 31 de julio de 2012, el Congreso de Colombia aprobó la reforma constitucional conocida como “Marco Jurídico para la Paz”. Dicha reforma introdujo dos artículos transitorios a la Constitución. El primero de ellos, el artículo transitorio 66, indica que se procederá a diseñar mecanismos de justicia transicional para facilitar la terminación del conflicto armado y garantizar la paz estable y duradera. Para ello, dentro de otras medidas, crea un marco especial para el juzgamiento de los actos ocurridos durante el conflicto colombiano, en el que se prioriza el juzgamiento “penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.

El Marco Jurídico para la Paz reconoce los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. En el caso de la justicia, reconoce también la obligación que tiene el Estado colombiano de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH. Asimismo, indica que una norma posterior indicará, además de los criterios de selección de casos, los requisitos y condiciones para

“la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados”.

La constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz fue cuestionada por tres demandas presentadas por la Comisión Colombiana de Juristas, Rafael Guarín Cotrino y José Octavio Hoyos Gómez, de las cuales solo las dos primeras fueron admitidas. La Corte Constitucional de Colombia, al igual que previamente con la Ley de Justicia y Paz, declaró que el Marco para la Paz era exequible (constitucional), siempre que cumpliera con algunos detalles, principalmente en el marco de protección de los derechos de las víctimas.⁸⁵

II.2.1. El proceso de elaboración y constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz: contexto y cambios tras las sentencias de la Corte Constitucional

El Marco Jurídico para la Paz se encuentra íntimamente relacionado con la agenda adoptada por el presidente Juan Manuel Santos. En esta agenda, se encontraba un cambio total en cómo enfrentar el conflicto armado colombiano en relación con su antecesor Álvaro Uribe.

El gobierno de Uribe, al mismo tiempo que priorizó la desmovilización de las AUC, tuvo una política de confrontación directa contra las guerrillas, en la cual apostaba por la derrota militar de estas. Santos no era ajeno a esta política, dado que fue el Ministro de Defensa de Uribe entre 2006 y 2009. Además, Uribe nunca reconoció que lo que ocurría en Colombia se trataba de un conflicto armado y su discurso siempre fue de lucha contra el terrorismo.

Aunque las FARC y el ELN fueron duramente golpeados durante la presidencia de Uribe y la mayoría de la sociedad colombiana apoyó la política de confrontación abierta y directa contra la guerrilla, muchos también planteaban la imposibilidad de alcanzar la paz por la vía

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-579/13*. 28 de agosto de 2013.

bélica.⁸⁶ Bajo esta premisa, Santos decide cambiar de estrategia cuando asume el gobierno y apostar por la salida negociada.

Tras mucho tiempo de conversaciones no públicas, el 26 de agosto de 2012 se firmó el “Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Dicho acuerdo tenía como agenda 6 puntos: (i) la política de desarrollo agrario integral, (ii) la participación política, (iii) el fin del conflicto, (iv) la solución al problema de las drogas ilícitas, (v) las víctimas y (vi) la implementación, verificación y refrendación. Las conversaciones de paz iniciaron en octubre de ese año en la ciudad de La Habana, con muchas expectativas, pero también con escepticismo sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo y, especialmente, sobre si ese acuerdo sería capaz de garantizar un tránsito hacia la paz.

Entre los principales retos de las negociaciones, y lo que además es, hasta el momento, el tema que ha tomado más tiempo en llegar a un acuerdo, se encuentra el quinto punto, relativo a los derechos de las víctimas. Ello se debe a que, en el marco del avance de los estándares de Derecho Internacional sobre justicia, verdad y reparación, tal como se indicó en la sección anterior con la Ley de Justicia y Paz y en el primer capítulo, las amnistías para los crímenes internacionales y para violaciones graves a los derechos humanos o al DIH no son admisibles. Teniendo presente que quienes se encontraban en la mesa de negociaciones eran los líderes de las FARC, guerrilla sobre la que pesan innumerables denuncias de acciones atroces durante las décadas del conflicto, la dificultad de alcanzar un acuerdo que no lleve a la impunidad era muy grande.

⁸⁶ SCHULTZE-KRAFT, Markus. La Estrategia de Resolución integral del Conflicto Armado y la Construcción democrática del poder y del orden en Colombia. En: VARGAS, Alejo. *Diálogos de La Habana: Miradas múltiples desde la Universidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Vicerrectorado de Investigación y Extensión, Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz, p. 290.

El reto era doble. Primero, se tenía que generar la confianza suficiente en el proceso para que la sociedad colombiana asuma la posibilidad de que las FARC, como grupo, puedan dejar de ser un actor ilegítimo y pasen a ser un interlocutor y actor legítimo, con posibilidades de, incluso, participar de la vida política del país.⁸⁷ Un segundo reto era lograr un proceso de DDR de los miembros de las FARC, pero que sea conforme a los estándares internacionales de derechos humanos y DIH y, como consecuencia, no pueda ser cuestionado por el sistema jurídico interno y/o internacional.

Es este el panorama en el que el Acto Legislativo “Marco Jurídico para la Paz” busca otorgar un marco constitucional al proceso de paz conforme a los estándares de la justicia en transición en el marco del posconflicto. Precisamente, las demandas de inconstitucionalidad que se presentaron contra la norma, especialmente la de la Comisión Colombiana de Juristas, se fundaron en que la reforma no cumplía con muchos de dichos estándares. Ambas demandas admitidas cuestionaron el modelo de selección y priorización elegido por el Acto Legislativo. Sin embargo, dicho cuestionamiento solo fue desarrollado en el caso de la demanda interpuesta por la Comisión Colombiana de Juristas (sentencia C-579-13), en vista de que fue resuelta con anterioridad, estableciendo el precedente sobre la materia cuestionada. Por ello, será la sentencia C-579-13 la que estará sujeta a mayor análisis en el presente trabajo.

En el caso de la demanda del ciudadano Rafael Guarín Cotrino, la Corte Constitucional indicó que se constituía una cosa juzgada constitucional en lo referente a los criterios de priorización y selección de casos para ser juzgados.⁸⁸ Sin embargo, dicha sentencia (C-

⁸⁷ Medina, C. (2013) “Una Fábula para pensar la paz en Colombia. Incertidumbres y retos de la Mesa de Conversaciones de La Habana”. En: Vargas, Aeljo. (editor). *Óp. Cit*, p.323.

⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia 577-14*. 6 de agosto de 2014. Punto 2.2.

577-14) sí desarrolló el cuestionamiento a la introducción del artículo 67 transitorio a la Constitución referido a la participación política de miembros de grupos armados organizados una vez que la paz sea firmada.

Por su parte, la demanda de la Comisión Colombiana de Juristas cuestionó tres palabras o frases del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2012. Estas frases eran “máximos”, en referencia a los máximos responsables de la comisión de los crímenes; “cometidos de manera sistemática”, en referencia a los crímenes de guerra; y “todos los”, en referencia a la renuncia condicionada a la persecución penal de los delitos en los cuales no se haya aplicado la estrategia planteada en el Marco Jurídico para la Paz.

Los demandantes resaltaron que no se encontraban en contra de la iniciativa de paz iniciada por el presidente Santos, la cual resaltaron como “valiosa” para la mejor protección de los derechos humanos de los colombianos. Por el contrario, el argumento fue que se deseaba apoyar el proceso de paz por medio de la adaptación del marco jurídico que lo busca regular a los estándares internacionales, de manera que pueda ser sólido frente a posibles cuestionamientos desde dentro y fuera de Colombia que se den en el presente o en el futuro.⁸⁹

La Comisión Colombiana de Juristas indicaba que el Acto Legislativo contradice el artículo 2 de la Constitución colombiana que indica que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”. Ello se debe a que la selección de casos

⁸⁹ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Intervención en la audiencia pública sobre la constitucionalidad del “marco jurídico para la paz”*. 25 de julio de 2013. Disponible en: <https://www.iccnw.org/documents/ColJuristasintervencion.pdf>. Consultado el 11 de octubre de 2015.

“Convierte a las autoridades de la República en *poderes instituidos para proteger tan solo los derechos de algunas de las personas residentes en Colombia: las que ellas discrecionalmente decidan proteger*. No todos los responsables de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario serán investigados y juzgados, sino solamente los máximos responsables, en relación apenas con aquellas violaciones o infracciones que hayan sido cometidas de manera sistemática y que tengan la calidad de crímenes de guerra, genocidio o crímenes de lesa humanidad.”
(Resaltado mío)

Los demandantes indican que la forma en que el Marco Jurídico para la Paz interpreta a la justicia transicional no es la adecuada, debido a que, según señalan, el Acto Legislativo busca generar una sensación de confrontación entre los objetivos y necesidades de la justicia transicional, lo que genera un conflicto innecesario entre los derechos a la paz y a la justicia. De acuerdo con su argumentación, los mecanismos de las transiciones deben ser diseñados y ejecutados de manera coordinada y no excluyente, en vista de satisfacer los derechos de las víctimas a justicia, verdad y reparación. El Estado no puede renunciar a su obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de crímenes internacionales y de graves violaciones a los derechos humanos.

Los demandantes indican que la justicia transicional no puede ser sinónimo de impunidad y que la reforma constitucional impacta negativamente en todo lo que se ha avanzado en Colombia en el tema. Principalmente, indican que el Marco Jurídico para la Paz podría seguir el camino de la Ley de Justicia y Paz tras los importantes ajustes que se le dio con la sentencia C-370 de 2006, es decir, que teniendo en cuenta el enfoque de las necesidades

de una sociedad en transición, el Estado no resigna su deber de investigar, juzgar y sancionar.⁹⁰

A pesar de estos cuestionamientos al Acto Legislativo N° 1 de 2012, la Corte determinó la constitucionalidad de la reforma con algunos ajustes interpretativos a sus disposiciones. La sentencia C-579 de 2013 presenta varios puntos muy importantes a evaluar, no solo por su importancia para el debate sobre los estándares de la justicia en transición en el marco del posconflicto, tanto en Colombia, como en Latinoamérica e incluso a nivel mundial, sino, en particular, porque algunos de sus considerandos son muy cuestionables por errores, algunos graves, en la interpretación de ciertos términos.

A continuación, y de acuerdo con los objetivos del presente trabajo, se procederá con el análisis de tres aspectos de la sentencia: (i) la constitucionalidad de la justicia transicional en Colombia, (ii) el análisis que hace en lo referido a los crímenes de guerra y (iii) el modelo de selección y priorización de casos para ser judicializados.

II.2.1.i. La constitucionalidad de la justicia transicional en Colombia en la sentencia C-579 de 2013

La justicia transicional, conforme a la definición planteada en el primer capítulo, es el campo multidisciplinario de reflexión y prácticas que refiere a la justicia que se puede proveer a las víctimas de sociedades que están en transición desde la violencia hacia la paz o desde el autoritarismo hacia la democracia.⁹¹ Además, es importante entender que no se trata de

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ REATEGUI, Félix. "Comisiones del Verdad y Justicia Transicional". En: QUINTEROS, Víctor Manuel (coordinador). *Loc. Cit.*

una forma especial de justicia, sino de una forma de entender el término en sentido amplio para abordar las necesidades de las víctimas en periodos de transición.⁹²

Como se puede observar, la justicia transicional no es un área del Derecho ni una forma de justicia que deba ser dictada únicamente por los tribunales jurisdiccionales internos o internacionales. Por definición, es un campo multidisciplinario, cuyas medidas sobrepasan al Derecho y deben ejecutarse por diversos mecanismos de manera coordinada con el propósito de satisfacer los derechos y las necesidades de las víctimas tras violaciones a los derechos humanos o al DIH. Sin embargo, también es cierto que existe cada vez una vocación mayor a nivel internacional de regular las obligaciones de los Estados desde los derechos de las víctimas en las transiciones, aunque estos pueden variar de acuerdo a las necesidades propias de cada contexto.⁹³

Precisamente, para desarrollar las obligaciones de los Estados en el marco de los procesos transicionales es que se ha desarrollado un conjunto de instrumentos internacionales, aunque estos no tienen carácter vinculante por sí mismos. Dentro de los mismos, se puede mencionar el “Conjunto de Principios para la lucha contra la Impunidad” o Principios de Joinet de 1997, que fueron actualizados por Diane Orentlicher, lo que dio como resultado el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Estos últimos están desarrollados sobre la base del marco de los pilares de la justicia transicional: derecho a saber (verdad), derecho a la justicia y derecho a obtener reparación/garantías de que no se repitan las violaciones

⁹² ICTJ. *Qué es la justicia transicional*. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

⁹³ Como ya se explicó en el Capítulo 1, la justicia transicional no es un campo jurídico, aunque sí tiene un ámbito regulado por el Derecho y es precisamente lo que se ha denominado en este trabajo como justicia en transición. La justicia en transición, cuando se aplica en situaciones de posconflicto, debe tener presente todo el marco jurídico internacional que regula estos contextos, que es el *ius post bellum*.

(garantías de no repetición). Asimismo, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, han establecido un marco jurídico internacional importante para la lucha contra la impunidad, teniendo presente las necesidades de las víctimas y la reparación integral para las mismas.⁹⁴

Como ya se ha indicado, uno de los aspectos más interesantes del caso colombiano es que, tras las discusiones para la promulgación de la Ley de Justicia y Paz, el discurso de la justicia transicional se afianzó no solo a nivel académico, sino institucional. Ello se produjo, incluso, frente a una sociedad que, propiamente, aún no se encuentra en una transición o, en todo caso, que ha desarrollado y desarrolla un conjunto de transiciones concluidas e inconclusas.

La sentencia C-370 de 2006, cuando resolvió sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, admitió la aplicación de los conceptos de justicia transicional para el caso colombiano. Asimismo, en la ejecución de dicha norma, como en otras sobre procesos de DDR o de reparación de las víctimas, ya se ha procedido a fundamentar bajo enfoques de la justicia transicional. Sin embargo, el Marco Jurídico para la Paz es especialmente importante, porque lleva a nivel constitucional el concepto de justicia transicional en Colombia, el cual, anteriormente, solo se había dado por medio de normas de rango legal o inferior. En particular, el modelo colombiano de justicia transicional constitucionalizado presenta dos características. La primera es que trata de desarrollar un marco jurídico que

⁹⁴ GÓMEZ ISA, Felipe. El Fenómeno de la Impunidad: luces y sombras en América Latina. En: Pensamiento Iberoamericano. *(In)Seguridad y violencia en América Latina: un reto para la democracia*. Número 2, Segunda época 2008/1, p. 166.

facilite la terminación del conflicto armado no internacional y garantice una paz estable, es decir el objetivo perseguido desde la doctrina por el *ius post bellum*. La segunda es que busca garantizar, en la medida de lo posible, los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación.⁹⁵

Sin embargo, a pesar de la importancia que la justicia transicional ha tenido en Colombia en la última década, es extraño que la Corte Constitucional haya tenido algunas interpretaciones “poco precisas” al realizar el análisis sobre este tema. En particular, comete errores conceptuales en lo referido a sus objetivos específicos y a sus mecanismos.⁹⁶

II.2.1.i.a. Los objetivos específicos de la justicia transicional en la sentencia C-579 de 2013

La Corte Constitucional indica que la justicia transicional busca “solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades”. Para cumplir con dicho objetivo general, se indica que es importante satisfacer algunos objetivos específicos que son el reconocimiento de las víctimas, el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron, la reconciliación y el fortalecimiento de la democracia.

⁹⁵ SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo y Rodrigo UPRIMNY YEPES. El marco jurídico para la paz: ¿Cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?. En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Óp. Cit, p. 173.

⁹⁶ AMBOS, Kai y John E. ZULUAGA T. Justicia de transición y constitución. A manera de introducción. En: AMBOS, Kai (Coordinador). *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, 2014, pp. 10 y 11.

Es evidente que el discurso de la Corte frente a la justicia transicional se centra en el contexto colombiano y en cómo este enfoque multidisciplinario ha sido interpretado en dicho país conforme a las necesidades de su contexto, debido a que, en un inicio, siempre se enfoca en una transición de conflicto a paz, cuando es conocido que la justicia transicional también actúa en transiciones de dictadura a democracia, a diferencia de, por ejemplo, el *ius post bellum*. Además, se enfoca en situaciones donde se prepara una transición, sin tener presente que en muchas de las circunstancias donde se han aplicado medidas transicionales, ello no ha sido consecuencia de pactos previos donde se desarrollaban estas medidas. Por el contrario, las acciones de justicia transicional usualmente se han dado como consecuencia de una realidad abrupta que desafía el marco jurídico vigente, el cual no estaba preparado para situaciones excepcionales como son las transiciones.

Sin embargo, en los ejemplos que la Corte señala, se mezclan situaciones de distintos contextos de transición,⁹⁷ sin mayor desarrollo en cada uno, y se confunden situaciones muy distintas a la colombiana, con objetivos distintos a los que la propia Corte otorga a la justicia transicional en Colombia. Es evidente que el objetivo del reconocimiento de las víctimas basado en la protección de sus derechos no tiene discusión alguna en el actual Derecho Internacional en el marco del *ius post bellum* o en las transiciones a la democracia. En el caso del restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron, la sentencia solo hace referencia a una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en la que se indica la importancia de restablecer el respeto del estado de derecho en sociedades posconflicto, sin hacer mayor referencia si ello se circunscribe al procesamiento de los responsables o a

⁹⁷ Se hace referencia, sin mayor desarrollo ni contextualización a contextos tan disímiles como Inglaterra (¡en el siglo XVII!), Japón, España, Alemania, la exYugoslavia, Irlanda del Norte, Sudáfrica, Ruanda, Uganda, Argentina, Chile, Guatemala, Nicaragua, Brasil, Uruguay, Haití o Perú.

medidas de no repetición, como podría ser el cambio de autoridades (las conocidas lustraciones), la restitución de tierras u otras medidas.

Finalmente, dos objetivos muy complejos a los que la sentencia hace referencia son la reconciliación y el fortalecimiento de la democracia. La reconciliación como objetivo de un proceso de transición puede ser un objetivo muy difícil de alcanzar y dependerá de la definición del concepto que se utilice. Ya la propia Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-1199-08, decidió no realizar una definición de qué entiende por reconciliación cuando se le presentaron tres posturas para entenderla en el marco de la Ley de Justicia y Paz.⁹⁸ Estas tres posturas, definidas también por Crocker, son la reconciliación como coexistencia, como reciprocidad democrática (convivencia y respeto de los derechos de las partes de la participación política) y como perdón mutuo.⁹⁹ La Corte no hace mención a la sentencia de 2008 y ensaya la siguiente definición del concepto de reconciliación:

“[la reconciliación] implica la superación de las violentas divisiones sociales, se refiere tanto al logro exitoso del imperio de la ley como a la creación o recuperación de un nivel de confianza social, de solidaridad que fomente una cultura política democrática que le permita a las personas superar esas horrendas experiencias de pérdida, violencia, injusticia, duelo y odio, y que se sientan capaces de convivir nuevamente unos con otros.”

Si bien pareciera que el concepto de reconciliación definido se acerca al de reciprocidad democrática, la Corte no desarrolla la idea ni las consecuencias que plantea. Ello es

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1199/08*. 4 de diciembre de 2008

⁹⁹ CROCKER, David A. Comisiones de la verdad justicia transicional y sociedad civil. En: MINOW, Martha, David A. CROCKER y otros. *Justicia Transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2011, pp. 130-131.

especialmente importante, dado que en diversos momentos de la sentencia la Corte analiza de manera conjunta la paz y la reconciliación, sin dejar muy en claro cuál es el rol de la justicia en esa relación, especialmente con el sistema de selección y priorización de casos.

La sentencia también hace referencia al fortalecimiento de la democracia como objetivo de la justicia transicional. Este objetivo es especialmente extraño, debido a que en el caso colombiano se trata de una transición de la guerra hacia la paz y no de la dictadura hacia la democracia, como sí ocurre con muchos de los ejemplos que la Corte Constitucional cita. Al respecto, se resalta la necesidad de que se restaure “una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales”.

Como ya se ha indicado, las situaciones de transición son ventanas de oportunidad que deben ser aprovechadas para generar cambios estructurales en las sociedades que tienen que enfrentarlas. En ese sentido, el que la Corte indique la relevancia de desarrollar una cultura democrática, es importante. Sin embargo, teniendo presente que Colombia es una democracia participativa, al menos en el aspecto jurídico, si en la sentencia se estima relevante la necesidad de reafirmar como un objetivo el fortalecimiento de la democracia, sería importante que se indique por qué es que es necesario, cuál es la relación con el conflicto y, finalmente, cómo el proceso de paz y, específicamente, el Marco Jurídico para la Paz podrían apoyar en esos cambios. Quizás, una mención y desarrollo de la importancia de las garantías de no repetición hubiera sido relevante en esta sección.

II.2.1.i.b. Los mecanismos de la justicia transicional en la sentencia C-579 de 2013

La sentencia C-579 de 2013 hace referencia a cuatro mecanismos de la justicia transicional, los cuales son la justicia penal, la justicia histórica, la justicia restaurativa o reparadora, la

justicia administrativa y otras medidas. En este aspecto, la Corte parece confundir las necesidades de justicia, en el sentido lato del término, que fundamentan a los mecanismos de justicia transicional, con los mecanismos en sí mismos.¹⁰⁰

También, parece confundir los objetivos de la justicia transicional, que, más allá de aquellos de mayor especificidad para el caso concreto (como algunos de los indicados en el apartado anterior), son la satisfacción de sus cuatro pilares/principios, es decir, la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.¹⁰¹ Es mediante la satisfacción de dichos objetivos que se podrá cumplir con el objetivo mayor, que es alcanzar una adecuada transición hacia la paz o la democracia, según sea el caso, de manera estable y en concordancia con el respeto de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general.

Para ello, la justicia transicional plantea un conjunto de medidas jurídicas y políticas con la finalidad de reparar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos o al DIH. Entre estos mecanismos, se pueden mencionar los juicios penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación o las reformas institucionales.¹⁰² Si bien esos son los mecanismos más comunes para cumplir con los objetivos/pilares de la justicia transicional, en realidad, pueden existir muchos más, de acuerdo con la propia sociedad, como son, por ejemplo, los procesos de lustración, la desclasificación de archivos, las ceremonias de desagravio, entre muchos otros.

Por este motivo, parece que la Corte Constitucional confunde los fundamentos para la creación de estos mecanismos con los mecanismos en sí mismos. Ello es importante de

¹⁰⁰ AMBOS, Kai y John E. ZULUAGA T. *Loc. Cit.*

¹⁰¹ RINCÓN, Tatiana. *Verdad, Justicia y Reparación. La Justicia de la Justicia Transicional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 26.

¹⁰² ICTJ. *Qué es la justicia transicional*. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

tener presente, porque se debe identificar los mecanismos que serán de mayor relevancia para el caso colombiano, dado que solo una aplicación coordinada de los mismos podrá satisfacer de manera adecuada los derechos de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y a que los hechos no se repitan.

II.2.1.ii. El análisis de la Corte Constitucional frente a los crímenes de guerra en la sentencia C-579 de 2013

Parte de la demanda de la Comisión Colombiana de Juristas fue cuestionar la frase “cometidos de manera sistemática” en la referencia que se hacía sobre los crímenes que serán necesariamente investigados dentro del Marco Jurídico para la Paz. Al respecto, un primer punto para analizar es que la propia sentencia indica que “de acuerdo al texto del propio Acto Legislativo 01 de 2012 y a sus antecedentes en el Congreso de la República, la expresión “*cometidos de manera sistemática*” solamente se refiere a los crímenes de guerra y no a los crímenes de lesa humanidad ni al genocidio”.

Por ello, según se indica en el Acto Legislativo N° 1 de 2012, los crímenes de guerra tendrán una característica adicional a la definición que existe de ellos en el Derecho Penal Internacional. Como ya se indicó en el Capítulo I del presente trabajo, ha existido una evolución histórica en el Derecho Internacional sobre la conceptualización de los crímenes de guerra, la cual es aún novedosa en el marco de los CANI. No obstante, a diferencia de lo que sucede con los crímenes de lesa humanidad, en el caso de los crímenes de guerra, las conductas sancionadas como tales se producen como consecuencia de un contexto determinado, el cual es que sean cometidas en el marco de un conflicto armado, sea internacional o no internacional.

Por el contrario, los crímenes de lesa humanidad, al poderse cometer en tiempo de paz o de conflictos armados, requieren algunas características adicionales para que no sean confundidos con delitos que, si bien podrían ser graves, no activan la protección internacional. Estas características -que también tuvieron toda una evolución histórica, pero que este no es el espacio para desarrollarlas- son las que se encuentran reflejadas en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es decir, que determinados actos se realicen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Es así que la sistematicidad o generalidad del ataque es la característica esencial de los crímenes de lesa humanidad, lo que los diferencia de otras violaciones graves que no llegan a ser crímenes internacionales y se mantienen en la esfera de la competencia de los Estados.¹⁰³

Es de esta manera que, al agregar la frase “cometidos de manera sistemática”, el Marco Jurídico para la Paz, aparentemente, suma una característica adicional a los crímenes de guerra, que es relevante en los crímenes de lesa humanidad, pero no en los primeros. Sin embargo, la Corte Constitucional hace una interpretación muy particular de “cometidos de manera sistemática” e indica que

[L]a expresión “*cometidos de manera sistemática*” (...) implica que no puedan considerarse como crímenes de guerra delitos aislados sino que deben tener un nexo o patrón y este nexo directo debe ser con el conflicto armado, lo cual está de acuerdo con el Estatuto de Roma que señala que todos los crímenes de guerra deben tener un nexo con el conflicto armado.”

¹⁰³ COTE BARCO, Gustavo Emilio y Diego Fernando TARAPÚES SANDINO. El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013. En: AMBOS, Kai (Coordinador). *Óp. Cit.*, pp. 246 y 247.

No obstante, la Corte reitera en más de una oportunidad que los crímenes que serán judicializables bajo el Marco Jurídico para la Paz (crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad) “requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemática o de macrocriminalidad”, aunque, en el caso específico de los crímenes de guerra, “el contexto de violencia organizada corresponde al conflicto armado en cuyo marco los actos criminales deben ser realizados”. Por ello, la Corte Constitucional afirma, de manera correcta, que no todo crimen cometido en el marco de un conflicto armado constituye crimen de guerra, sino que “debe existir un nexo entre los actos y el conflicto”, pero que no por ello dichos actos deben “cometerse de manera masiva.”

Bajo esta interpretación, la Corte salva la constitucionalidad de la frase “*cometidos de manera sistemática*”, aunque no por ello su argumentación deja de ser confusa. Ello se debe a que, tal como lo señalan Cote y Tarapúes, es ya parte constitutiva de los crímenes de guerra que tengan que ser cometidos en conflictos armados y en conexión a esos contextos, por lo que si la frase “*cometidos de manera sistemática*” significa ello, se trata de “una expresión vacía y tautológica”.¹⁰⁴

Lo cierto es que la Corte, para salvar la constitucionalidad de esa parte del Acto Legislativo N° 1 de 2012, termina aceptando que todo crimen de guerra debe ser investigado, juzgado y sancionado. Ello parece ser ajeno a la intención del Marco Jurídico para la Paz que buscaba limitar el margen de los casos que serían judicializados, debido a que la interpretación amplia y con vocación de punición que se hace sobre la frase “*cometidos de manera sistemática*” en el caso de los crímenes de guerra puede ser contraria a la que tiene cuando analiza los criterios de selección y priorización que se evaluarán en el siguiente punto.

¹⁰⁴ *Ídem*, p. 251.

II.2.1.iii. El modelo de selección y priorización de casos para ser judicializados en la sentencia C-579 de 2013

El punto central del Acto Legislativo N°1 de 2012, “Marco Jurídico para la Paz”, es el modelo que plantea la selección y priorización de casos para ser judicializados. La idea de priorización no es nueva en el contexto colombiano, puesto que ya desde la Directiva 1 del 4 de octubre de 2012 se adoptaron criterios de priorización de situaciones y casos para los actos llevados bajo la Ley de Justicia y Paz.¹⁰⁵ La priorización se ha seguido utilizando por la Dirección de la Fiscalía Nacional Especializada en Justicia Transicional en los años siguientes. Sin embargo, a diferencia de lo que había venido sucediendo, el Marco para la Paz no instaura un proceso de priorización de casos, sino de selección de los mismos, asumiendo, además, que aquellos no seleccionados no serán llevados nunca ante la justicia penal. Conforme a la Corte Constitucional, “la renuncia condicionada a la persecución penal está plenamente vinculad[a] con toda la estrategia penal contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2012, pues este autoriza la renuncia condicionada de todos los casos no seleccionados.”

De esta manera, los únicos casos que serán seleccionados para ser llevados ante los tribunales son aquellos que cumplan con las siguientes dos características: (i) que la persona sea uno de los máximos responsables y (ii) que los delitos en los que haya incurrido sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, cometidos de manera sistemática, es decir, que tengan un nexo con el conflicto armado.

¹⁰⁵ Revisar: ZULUAGA, John E. Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal. En: AMBOS, Kai (Coordinador). *Óp. Cit.*, p. 171.

Según la propia sentencia, y según quienes han apoyado la política de selección de los casos conforme al Marco Jurídico para la Paz, esta se justifica en que el enfoque maximalista que busca alcanzar la punición de todos los casos se ha comprobado como ineficiente. Es más, se ha postulado que el enfoque maximalista es contrario a los derechos de las víctimas, puesto que está condenado a no poder hacer que el Estado cumpla con su obligación de investigar, juzgar y sancionar, y, como consecuencia, vulnera los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación.¹⁰⁶

La justificación de la Corte frente al enfoque de la selección de casos no solo es que la perspectiva de la evaluación caso a caso es inejecutable en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos y al DIH, como sucede en Colombia, sino que además no vulnera los compromisos internacionales contraídos por el Estado colombiano en lo que se refiere al deber de investigar, juzgar y sancionar dichos actos, debido a que, en palabras de la propia Corte Constitucional,

“[L]a concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que no se vayan a investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, sino que respecto de estos solamente se va a sancionar a los máximos responsables.

En este contexto, la obligación de la Fiscalía General de la Nación es encausar **todas** las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, establecer si constituyen delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra y en ese caso imputarlos al menos a un responsable.”

¹⁰⁶ LÓPEZ-MEDINA, Diego. Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano. Bogotá: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Número 16 (2010), pp. 45-80.

El análisis que plantea el Marco Jurídico para la Paz es que se debe cambiar el enfoque que se ha venido ejecutando en Colombia de investigar caso por caso y pasar a investigar patrones de macrocriminalidad. Al respecto, es importante tener presente que la interpretación que se hace de “máximos responsables” es amplia, dado que, según el tribunal, son aquellos que tienen un “rol esencial en la organización criminal para la comisión de *cada delito*, es decir, que haya: *dirigido, tenido el control o financiado* la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.” (Resaltado mío)

Para la Corte Constitucional, mediante la investigación de los máximos responsables de los peores crímenes se conseguirá que el proceso penal cumpla con su deber sancionador y al mismo tiempo reparador para las víctimas, dado que, según indica la sentencia, en estos macroprocesos debe garantizarse la participación activa de todas las víctimas involucradas, las cuales tendrán, según la Corte, como mínimo, las siguientes garantías:

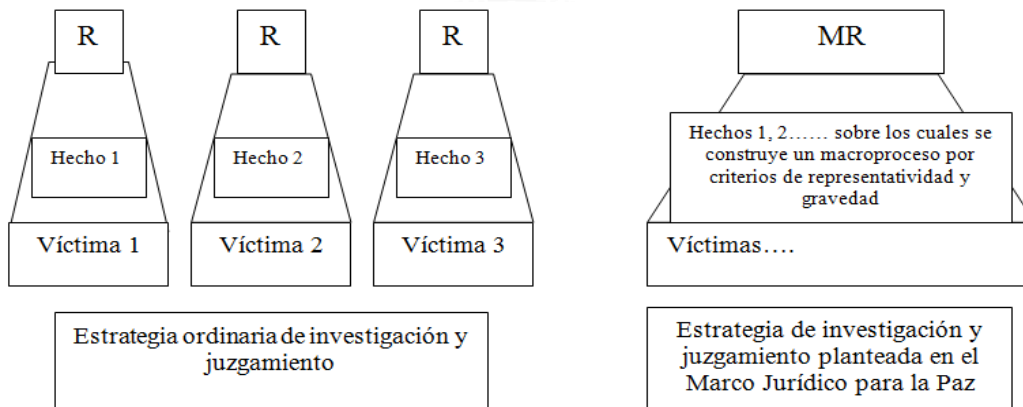
“(i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) asesoría especializada; (v) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado, se garantice a través de mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (vi) el derecho a la reparación integral y; (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares.”

Además del criterio de selección, la Corte indica que la justicia también debe proceder conforme al criterio de priorización de casos. Es así que señala que esta estrategia debe

complementarse con los criterios que hace el propio Acto Legislativo a la gravedad y representatividad de los hechos que serán llevados ante los tribunales, puesto que, de lo contrario, igual se trataría de una estrategia de investigación caso a caso. Los criterios de gravedad y representatividad serán evaluados de manera que se puedan construir macroprocesos, teniendo en cuenta elementos comunes, “tales como el lugar, el tiempo, la forma de comisión, los sujetos pasivos o grupos sociales afectados, los sujetos activos, la escala de comisión o la evidencia disponible”.

Asimismo, la Corte Constitucional también indica que deberán priorizarse los siguientes delitos: (i) ejecuciones extrajudiciales, (ii) tortura, (iii) desapariciones forzadas, (iv) violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, (v) desplazamiento forzado y (vi) reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

El siguiente gráfico puede resumir la estrategia planteada en el Marco Jurídico para la Paz enfocada en proceder, por medio de macroprocesos, frente a la estrategia de juzgar las violaciones caso a caso:



107

¹⁰⁷ Fuente: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-579/13*. 28 de agosto de 2013.

Finalmente, para el caso de aquellos miembros de grupos armados organizados que se desmovilicen, pero que no se encuentren dentro de los criterios de selección, la Corte indica que no serán sancionados penalmente, siempre que el grupo armado cumpla con algunas condiciones. Dichas condiciones deberán ser establecidas en una norma posterior, pero deberán incluir, por lo menos, las reconocidas en el propio artículo 1 del Marco Jurídico para la Paz. Dichas condiciones son

“(i) la dejación de las armas, (ii) el reconocimiento de responsabilidad, (iii) la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, (iv) la liberación de los secuestrados y (v) la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.”

El proceso de selección y priorización propuesto es complejo y presenta muchas aristas y vacíos que, ciertamente, como la propia sentencia reconoce, en muchas ocasiones, deberán ser complementados por leyes posteriores. Asimismo, es evidente que la norma ha intentado seguir la mayoría de estándares desarrollados por el Derecho Internacional y ha hecho lo posible por garantizar un balance entre el enfoque que se asumió como necesario para poder continuar con las conversaciones de paz y los derechos de las víctimas. También, la Corte Constitucional intenta, mediante interpretación, rescatar la constitucionalidad de la norma sobre la base de los estándares internacionales de la justicia en transición en el marco de contextos posconflicto.

Sin embargo, dicho eso, también es cierto que la sentencia presenta más de un problema y una contradicción que termina dificultando su aplicación, tanto para quienes defienden la

postura de la sanción a todos los responsables, como para los que defienden la postura de la sanción por medio de la selección de casos.

La mayor crítica dentro de los que defienden la primera postura es que no se puede seleccionar algunos casos por sobre otros, porque en el camino definitivamente algunas víctimas dejarán de recibir justicia. Más allá del impacto de un caso frente a otro, no se puede priorizar el derecho a la justicia de solo algunas personas, dado que ello sería un trato discriminatorio y existe una obligación de sanción a todos los responsables. Esta desprotección sería incluso mayor para los casos que no configuren como crímenes internacionales, por ejemplo, graves violaciones a los derechos humanos que no son recogidas como actos seleccionables para ser juzgados. No obstante, para salvar esta interpretación, que podría ser contraria al Derecho Internacional, la Corte indica que la mayoría de las graves violaciones serían, por lo menos, crímenes de guerra.¹⁰⁸

De otro lado, los que defienden la segunda postura alegan que bajo los estándares de la sentencia de la Corte Constitucional se está frente a un retroceso, porque si se suma la interpretación final del concepto de máximos responsables, de crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y la intención de introducir la mayoría de los casos en macroprocesos, en realidad, se está volviendo a la evaluación de caso a caso y a la judicialización de la transición.¹⁰⁹

El debate de las lecciones del caso colombiano generadas a partir del Marco Jurídico para la Paz, pero de acuerdo a todo lo que ya se ha desarrollado sobre la base de la Ley de

¹⁰⁸ GALLÓN GIRALDO, Gustavo. *Vericuetos para la Paz. Comisión Colombiana de Juristas*. Disponible en: http://www.coljuristas.org/documentos/columna.php?id_doc=108&idioma=es&grupo=4 Revisado el 11 de octubre de 2015.

¹⁰⁹ COTE BARCO, Gustavo Emilio y Diego Fernando TARAPÚES SANDINO. *Óp. Cit*, p. 264.

Justicia y Paz, y en relación con los estándares internacionales para que los crímenes internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos no queden impunes, se desarrollará en el tercer capítulo.



Capítulo 3. Lecciones del proceso colombiano.



Las conversaciones de paz que hoy se desarrollan en Colombia, junto con algunos de los anteriores procesos de paz y/o DDR, son un caso muy especial en el mundo debido al contexto en que se han producido y el rol que ha asumido la justicia transicional en los mismos. Una de las particularidades del caso es la actitud del Estado frente a los estándares del Derecho Internacional, dado que, ya sea por decisión gubernamental o por presión interna o externa, ha existido una voluntad de intentar cumplir con los mismos.

Desde el proyecto de “Ley de Alternatividad” en el 2003 hasta las conversaciones actuales en La Habana es evidente que el debate ha cambiado mucho, introduciendo cada vez más un enfoque de protección de los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación, así como frente a las necesidades de instaurar garantías de no repetición. Sin embargo, este no ha si un proceso lineal y en el camino han existido avances y retrocesos, algunos de los cuales fueron mencionados, principalmente, en el Capítulo 2 del presente trabajo.

En el ámbito de la justicia, en sentido estricto o justicia en transición como se la ha definido en el presente trabajo,¹¹⁰ en los últimos trece años han existido distintos debates sobre cómo se puede aplicar la misma en una sociedad que busca alcanzar la paz. Los principales debates se han dado en torno a las dos normas desarrolladas en este trabajo: La Ley de Justicia y Paz y el Marco Jurídico para la Paz. Las propuestas y las lecciones que han surgido en dichos contextos son de gran relevancia para interpretar cuál es el rol del Derecho Internacional para regular el procesamiento penal en situaciones posconflicto tras un CANI.

¹¹⁰ En el presente trabajo se ha hecho un énfasis especial en el aspecto de la justicia en sentido estricto, no por ello no se tiene en consideración los importantes debates que han existido en Colombia en los otros principios de la justicia transicional como son la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.

Por último, es importante también tener presente que el 23 de septiembre de 2015 el gobierno colombiano y las FARC alcanzaron un acuerdo, precisamente, sobre el punto cuarto de la negociación, los derechos de las víctimas. Este punto era especialmente difícil porque dentro del mismo se encontraba el procesamiento penal por los crímenes internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos, lo cual ha vuelto a poner en debate la aplicación de los estándares desarrollados tanto por la Ley de Justicia y Paz, como aquellos propuestos por el Marco Jurídico para la Paz. Ello, teniendo presente la interpretación de la Corte Constitucional colombiana para ambos casos.

En estos más de diez años de debates en Colombia sobre el marco jurídico aplicable para el procesamiento penal de los responsables de violaciones a los derechos humanos y al DIH también han participado entidades internacionales como la CIDH, la Corte Interamericana, la Corte Penal Internacional, Naciones Unidas, entre otras. Quizás el motivo de esta gran atención que se le ha dado al caso colombiano, es la decisión por parte del propio Estado de que las respuestas frente a cómo regular la búsqueda de la paz en una situación posconflicto sean conformes a los estándares de la justicia en transición. Para un continente como el americano, donde han ocurrido diversos conflictos armados y donde las soluciones transicionales no necesariamente se han dado con un enfoque en los derechos de las víctimas, responder estas inquietudes es de gran importancia.

El resultado de este proceso, al momento que se escribe el presente trabajo, es aún incierto. Sin embargo, más allá de cuál llegue a ser, el proceso en sí mismo ha servido para dilucidar algunas respuestas, pero también para demostrar que, a pesar del importante avance del Derecho Internacional en el ámbito transicional, aún existen vacíos y temas por debatir.

III.1 El caso colombiano frente a los estándares internacionales: Retos para la justicia en transición.

En los últimos años, uno de los principales debates que se ha planteado en Colombia es cómo alcanzar una paz estable, sin que ello sea contrario a los estándares del Derecho Internacional y a la propia Constitución que reconoce tanto el derecho a la paz (artículo 22), como el de garantizar los derechos de las personas (artículo 2). En ese contexto, la promulgación de medidas que permitan el DDR, pero que no sean contrarias a los derechos de las víctimas, ha conllevado a generar marcos jurídicos innovadores, que han planteado la posibilidad de restringir un poco de justicia, pero sin que eso conlleve a vulnerar los estándares internacionales.

Como se ha evaluado en el Capítulo 2, la Ley de Justicia y Paz y el Marco Jurídico para la Paz han sido normas que han reconocido los derechos de las víctimas, pero que aun así fueron cuestionados constitucionalmente y han estado bajo la supervisión internacional. En este momento, la mayor duda sobre la compatibilidad de los mecanismos desarrollados en el caso colombiano con el Derecho Internacional se centra en dos puntos: la selectividad de casos y la sanción que se debe dar a los responsables de crímenes internacionales y de graves violaciones a los derechos humanos.

La selectividad de casos es, quizás, la principal diferencia que existe entre la Ley de Justicia y Paz y el Marco Jurídico para la Paz. En el primer caso, nunca se planteó la posibilidad de seleccionar algunos casos frente a otros, sino, mediante el beneficio de la alternatividad, se planteó que se pueda otorgar penas “alternativas” a la original sin que ello sustraiga al perpetrador de una sanción efectiva. Por el contrario, el Marco Jurídico para la Paz

determina que se seleccionará a los máximos responsables de la comisión de crímenes internacionales, por lo que, según la propia Corte Constitucional:

“los casos no seleccionados serán aquellos que incluyan una de tres categorías:

- (i) Personas que no siendo máximos responsables hayan participado en la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.
- (ii) Personas que hayan cometido delitos que no sean considerados como crímenes de lesa humanidad, genocidio ni crímenes de guerra.
- (iii) Crímenes de guerra que no sean cometidos de manera sistemática es decir sin un nexo con el conflicto.”

Al respecto, el mayor temor que se ha presentado es que esta selección de casos pueda conllevar a la impunidad en dos aspectos, a quienes no sean considerados como los máximos responsables y a aquellos que cometan violaciones a los derechos humanos o al DIH, pero cuyos actos no sean considerados crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.¹¹¹ Dentro de los órganos que han mostrado su preocupación por la selectividad de casos, la CIDH indicó que:

“[E]ncuentra preocupante el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de graves violaciones a los derechos humanos, en cuanto a que serían incompatibles con las obligaciones del Estado. El sistema interamericano de derechos humanos ha dicho reiteradamente que las

¹¹¹ Se debe tener presente que, tal como fue indicado en el Capítulo 1, en el marco de CANI, los crímenes de guerra reconocidos por el Estatuto de Roma son menos que aquellos reconocidos en CAI. Aunque en muchos casos eso podría superarse por medio del empleo del DIH consuetudinario, es cierto que podría generar mayores complicaciones a los operadores de justicia y quizás ser una ventana para la impunidad.

víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la protección y las garantías judiciales para lograr la investigación y procesamiento penal de los perpetradores en la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia del sistema interamericano señala además que la obligación de asegurar la protección judicial necesaria para proteger derechos fundamentales no se encuentra sujeta a suspensión, aún en tiempos de guerra.”¹¹²

Sobre la obligación investigar, juzgar y sancionar, se podría identificar hasta tres corrientes.¹¹³ Una restrictiva, que asume que solo aquellos actos frente a los que de manera expresa se señala dicha obligación en un tratado, serían aquellos que generarían la responsabilidad si la misma no se efectúa.¹¹⁴ La postura intermedia, señala que además de los actos indicados en la primera, se suman aquellos que constituyan crímenes internacionales según el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Finalmente, en la postura amplia, que es la que asume el Sistema Interamericano, se añaden también todas las violaciones graves a los derechos humanos. Como se indicó en el Capítulo 1, las violaciones graves incluyen, por lo menos, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas, aunque esta lista puede ser mayor. De esta manera, la selectividad del Marco Jurídico para la Paz podría ser contraria a los estándares internacionales por no considerar a las graves violaciones a los derechos humanos.

Además, también el Marco Jurídico para la Paz puede presentar importantes cuestionamientos debido a que sanciona solo a los máximos responsables. Al respecto, se debe tener presente que, a pesar de la definición amplia que hace la Corte Constitucional

¹¹² CIDH. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. *Óp. Cit*, párr. 290.

¹¹³ En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. *Óp. Cit*, p. 31.

¹¹⁴ Estos actos serían el genocidio, la tortura, el apartheid, las desapariciones forzadas, las graves infracciones al DIH en CAI y los actos de violencia contra la mujer bajo el ámbito interamericano.

de este término, el hecho de que algún perpetrador de un crimen internacional o de una violación grave a los derechos humanos no sea sancionado sería contrario a los derechos de las víctimas a la justicia y a la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar.

A pesar de que la Corte Constitucional indica que no existe impunidad porque todos los crímenes internacionales serán sancionados, es importante indicar que, conforme al criterio de complementariedad del Estatuto de Roma, los Estados partes de dicho tratado tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar todos los crímenes que son de competencia de la Corte Penal Internacional, de lo contrario se podría activar el proceso frente a dicho tribunal internacional.¹¹⁵ Al respecto, es importante aclarar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional no indica en ningún artículo que los crímenes internacionales solo serán competencia del tribunal cuando el autor del mismo tenga alguna condición de mando en particular. Es así, que al referirse sobre el tema, el propio Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional ha señalado que:

“Como cuestión de estrategia en materia de persecución penal, la Fiscalía a veces investigará y enjuiciará perpetradores de nivel medio, o incluso de nivel bajo que sean muy conocidos, en un esfuerzo por alcanzar a los más responsables por los crímenes más graves.”¹¹⁶

De otro lado, más allá de los criterios de selección de la Corte Penal Internacional, es importante advertir las diferencias entre las obligaciones de los tribunales internacionales frente a las obligaciones de los Estados. Ello no es tenido en cuenta por la Corte

¹¹⁵ OLASOLO ALONZO, Héctor. *Introducción al Derecho Internacional Penal*. México D.F: Tirant lo Blanch México, 2014, pp. 70 y 71.

¹¹⁶ STEWART, James. *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf> Revisado el 13 de octubre de 2015.

Constitucional de Colombia, puesto que justifica su postura sobre la legitimidad del criterio de selectividad de casos, en la medida que dicho argumento también es usado por diversos tribunales penales internacionales. Para ello, hace un extenso recuento de distintos tribunales, como el de Núremberg, el del Lejano Oriente, el Tribunal para la antigua Yugoslavia, el de Bosnia y Herzegovina, el de Ruanda, el de Sierra Leona, el de Camboya e incluso, la propia Corte Penal Internacional, alegando que en todos se ha tomado decisiones –ya sea en su estatuto o por resoluciones posteriores- para seleccionar solo los casos de los mayores responsables.

La Corte Constitucional asume la postura de que sancionando a los máximos responsables la obligación de investigar, juzgar y sancionar, se limita, pero no se sustituye. Ello, en vista de la dificultad de poder sancionar a todos los responsables en contextos de violaciones masivas a los derechos humanos y al DIH. No obstante, la Corte no toma en cuenta que, mientras que los tribunales penales internacionales, generalmente, han sido creados *ad hoc* debido a contextos particulares, en los que no existían las condiciones para poder sancionar, ello no significa que con la creación de esos tribunales dichos actos punibles dejen de serlo a nivel interno. Asimismo, tampoco toma en cuenta el principio de complementariedad, el cual es uno de los pilares del sistema de la Corte Penal Internacional. Los criterios de selectividad de los tribunales internacionales e internos no pueden ser los mismos, porque sus mandatos, recursos y competencias son distintos. Son los Estados los que deben garantizar los derechos de las personas, por lo que no pueden existir políticas que garanticen la impunidad.

Asimismo, el otro argumento que da la Corte Constitucional en la sentencia C-579-13, para poder justificar el criterio de selectividad, entiende que en contextos de transición hacia la

paz, este objetivo/derecho, puede justificar la limitación que se hace de la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Ello en vista de que:

“[L]a paz es uno de los objetivos mismos de la comunidad internacional y del Estado y, por ello, en virtud de alcanzarla puede limitarse otras obligaciones derivadas del deber de garantía como la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.”

Sin embargo, se debería tener presente en ese análisis, si dicha limitación no termina siendo discriminatoria en sentido de que algunas de las víctimas, aquellas de los casos no seleccionados, nunca podrán ver satisfecho su derecho a la justicia. La limitación se hace pensando en las víctimas como colectivo, pero no a nivel de las víctimas como individuos.

El otro tema a debatirse en el marco del contexto actual en Colombia es aquel referido a las penas a imponerse a quienes sean encontrados responsables. Al respecto, los principales cuestionamientos se hacen sobre la posibilidad de la reducción, suspensión o el establecimiento de penas alternativas.

Los debates sobre las penas a imponerse bajo el Marco Jurídico para la Paz, quizás fueron de los temas más intensos y novedosos planteados por el caso colombiano frente a los estándares del Derecho Internacional. Nuevamente, la particularidad se centró en un Estado que no buscaba crear un marco ajeno a estos estándares de lucha contra la impunidad en el marco de la justicia en transición, como se ha demostrado de la continúa coordinación que distintos agentes del Estado colombiano han tenido con entidades internacionales. Ello se demostró con la carta de la Fiscal de la Corte Penal Internacional remitida al presidente de la Corte Constitucional, en la cual reconoce las conversaciones

de dicho tribunal internacional con el gobierno de Colombia para compatibilizar con el Estatuto de Roma los elementos de un potencial acuerdo de paz.

La carta, que a pesar de ser privada fue hecha pública, señaló de manera expresa que “Colombia siempre ha estado a la vanguardia en los esfuerzos de poner en práctica el principio de complementariedad, a través de la investigación y persecución doméstica de los responsables por los delitos internacionales.”¹¹⁷ Sin embargo, en la misma comunicación de 2013 también se muestra la real preocupación de la fiscalía por la posible aplicación de penas que no correspondan con una verdadera sanción de los crímenes internacionales. La Fiscalía de la Corte Penal Internacional en su “Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014” indicó que:

“[H]a informado a las autoridades Colombianas que una condena que fuera severamente o manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad de los crímenes y de la forma de participación de la persona acusada, viciaría el carácter genuino del procedimiento nacional, aun en caso de que todas las fases anteriores del procedimiento hubiesen sido consideradas genuinas”¹¹⁸

El establecimiento de penas alternativas que conlleven o no privación de libertad, no se encuentran prohibidas en sí mismas, pero no pueden entenderse como medidas encubiertas de impunidad. Para la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, el análisis sobre lo adecuado o no de una pena tendría que tomar en consideración, factores como, la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes del

¹¹⁷ Disponible en: <http://www.ips.org/blog/cvieira/documento-fiscalia-cpi-sobre-cero-carcel-por-crimenes-de-su-competencia/>. Revisado el: 14 de octubre de 2015.

¹¹⁸ FISCALÍA DE CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014 (Situaciones en Honduras y Colombia)*. 2 de diciembre de 2014, párr. 53. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Hon-Col-2014.PDF>. Revisado el: 14 de octubre de 2015.

Estatuto de Roma, la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor, el tipo y grado de restricciones a la libertad, la existencia de circunstancias atenuantes, las razones que el juez haya argumentado para imponer una sanción en particular, entre otras.¹¹⁹ Asimismo, si bien deja abierta la posibilidad de que se puedan dar penas alternativas conforme a dichos parámetros, es claro en indicar que la suspensión de la pena para perpetradores de crímenes internacionales, sí involucraría sustraerlas de su responsabilidad penal.¹²⁰

De otro lado, diferente es el análisis que se realiza sobre la reducción de penas. A diferencia del caso de la suspensión o el otorgamiento de penas alternativas (especialmente cuando no son privativas de libertad), el tratamiento con la posible reducción de pena, conforme a los recientes pronunciamientos de órganos internacionales, ha sido distinto. En primer lugar, continuando con el análisis desde la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, esta ha indicado en distintas oportunidades de que el *quantum* de la pena puede variar de acuerdo al contexto de los Estados y que puede ser menor (o mayor) que la impuesta por la Propia Corte Penal Internacional. Ello ha sido analizado especialmente para el caso de las penas impuestas por la Ley de Justicia y Paz.

Al respecto, ya en el Reporte Intermedio de 2012 se indicó que “no hay fundamentos para determinar si tales casos [los resueltos en base a la Ley de Justicia y Paz] están viciados por la falta de voluntad o la incapacidad de llevar a cabo las actuaciones genuinamente”.¹²¹

¹¹⁹ STEWART, James. *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*, p. 14 Disponible en:

<http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf> Revisado el 13 de octubre de 2015.

¹²⁰ *Ídem*, p.14

¹²¹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Reporte Intermedio. Situación en Colombia*, 2012 párr. 280. Disponible en:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>.

Revisado el 14 de octubre de 2012.

De igual manera, el Fiscal Adjunto ha indicado que mediante los procesos de justicia y paz “parecía que las autoridades nacionales habían hecho avances significativos en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos por los paramilitares, a pesar de las dificultades en la priorización de los casos”.¹²²

Se asume, entonces, que si la reducción de pena tiene como finalidad apoyar el proceso de paz y conlleva un conjunto de obligaciones adicionales, como pueden ser la revelación de la verdad, la reparación, el reconocimiento de responsabilidad y sanciones no penales como asistencia a la comunidad o la imposibilidad de acceder a cargos públicos, podría ser compatible con los estándares internacionales de la justicia en transición. Esto también se corrobora con los pronunciamientos de la propia CIDH, que si bien, ha cuestionado en repetidas oportunidades las falencias en la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, también ha reconocido su importancia y no ha descalificado el modelo de penas reducidas, ello después de los importantes aportes de la Corte Constitucional al respecto.¹²³

Sin embargo, también es necesario precisar que ha existido un importante apoyo a la tesis de la suspensión o alternatividad de las penas según más convenga para el caso concreto, incluso frente a crímenes internacionales o violaciones graves a los derechos humanos. Al respecto, Uprimny señala que la obligación de investigar, juzgar y sancionar no es contraria al establecimiento de estas medidas en contextos en los que se busca alcanzar la paz, debido a que existen valores que entran en tensión.¹²⁴ De igual manera, Seils indica que no se puede tener un enfoque solo retributivo de la sanción penal, que lo relevante es el proceso penal como institución y no solo la pena, por lo que pueden existir medidas

¹²² STEWART, James. *Óp. Cit*, p. 9.

¹²³ CIDH. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. *Óp. Cit*, párrs. 285-290.

¹²⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. *Óp. Cit*, pp. 80-88.

creativas que involucren distintos tipos de pena, cuyo objetivo sea satisfacer las necesidades de la sanción penal en contextos en transición, que no serán los mismos que en épocas de paz o estabilidad democrática. Asimismo, indica que los organismos internacionales parecen manejar un doble estándar, dado que son concesivos con ceder en la proporcionalidad de la pena para su reducción, aun cuando la sanción final puede no reflejar la gravedad del acto cometido, pero no tienen ese mismo argumento para la suspensión o alternatividad.¹²⁵

Lo cierto es que, actualmente, no existe un parámetro establecido sobre el *quantum* de la pena, aunque al parecer, la duda es menor sobre la obligación de la sanción. Como se ha señalado, ni la Corte Penal Internacional tiene una respuesta absoluta sobre el tema, aunque parece decantarse por la posibilidad de la reducción e incluso, en algunas situaciones por la alternatividad, pero no así por la suspensión. Existen algunos, tratados que tienen referencias sobre la sanción como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹²⁶ o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹²⁷. Asimismo, la Corte Interamericana señaló en la sentencia de supervisión del caso Barrios Altos contra Perú, que:

“[L]os Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, *que las penas impuestas no se constituyen en factores de*

¹²⁵ SEILS, Paul. *La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*. Bogotá: ICTJ. 2015. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Analisis-Penas-ES-2015.pdf>. Revisado el 12 de octubre de 2015.

¹²⁶ Artículo 5. Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

¹²⁷ Artículo 4. (...) Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”¹²⁸ (resaltado mío)

En conclusión, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-579 de 2013 presenta una interpretación que busca garantizar la selección de casos sustentándose en la imposibilidad fáctica de que se puedan juzgar a todos los culpables de los hechos cometidos en el marco del conflicto armado y a la necesidad de alcanzar la paz. Esta interpretación no la hace sin buscar su sustento en el Derecho Internacional y tiene también varios adeptos en la doctrina. Sin embargo, al parecer los tribunales y organismos internacionales tienen una interpretación un poco más restrictiva, en especial para establecimiento de penas alternativas y particularmente para la suspensión de la pena. Quizás este enfoque más restrictivo de los tribunales internacionales es el que ha llevado a que en el reciente acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano se retome la idea de sanción a todos los responsables que hayan participado en la comisión de los delitos “directa” o “indirectamente”.¹²⁹ A la espera de mayores precisiones sobre el acuerdo, al parecer, como lo señala Olasolo, este acuerdo refleja un retorno al enfoque de justicia aplicado bajo la Ley de Justicia y Paz y un cambio frente a varios de los estándares del Marco Jurídico para la Paz.¹³⁰

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, párr. 55.

¹²⁹ EL TIEMPO. Las cinco claves del acuerdo sobre justicia con las FARC. 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdo-de-justicia-en-proceso-de-paz-restriccion-de-libertad-hasta-de-8-anos-para-autores-de-delitos-graves/16385339>. Revisado el 14 de octubre de 2015.

¹³⁰ OLASOLO, Héctor. *¿A qué se debe el moderado optimismo de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre el Acuerdo para la Creación de una Jurisdicción Especial de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP?*. 2 de octubre de 2015. Disponible en: <https://debateglobal.wordpress.com/2015/10/02/a-que-se-debe-el-moderado-optimismo-de-la-fiscal-de-la-corte-penal-internacional-sobre-el-acuerdo-para-la-creacion-de-una-jurisdiccion-especial-de-paz-entre-el-gobierno-de-colombia-y-las-farc-ep/>. Revisado el 8 de octubre de 2015.

III.2. El caso colombiano y la aplicación de la justicia transicional ¿Un nuevo enfoque?

Como ya se ha señalado, existe un marco jurídico que regula las decisiones que los Estados pueden adoptar con el objetivo de alcanzar una paz justa y estable, es decir, para cumplir con el objetivo principal del *ius post bellum*, compartido por la justicia transicional cuando se tratan de transiciones posconflicto. Este marco jurídico es la justicia en transición, entendida como las normas del Derecho Internacional que buscan regular la sanción en los contextos de tránsito entre un conflicto armado a la paz o de una dictadura, en la que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, a la democracia. La justicia en transición, como principio/pilar de la justicia transicional se encuentra conformada por normas de distintas áreas del Derecho Internacional, como son aquellas del DIDH, DPI o DIH, este último solo en caso de transiciones hacia la paz.

En las transiciones posconflicto existen características propias del contexto que pueden complejizar las medidas que se deben adoptar para satisfacer los derechos de las víctimas, especialmente cuando estas no se alcanzan por el triunfo militar de una de las partes, sino por pactos para alcanzar la paz. En estos casos, la principal duda viene frente a la obligación que existe de que todas las violaciones a los derechos humanos y al DIH sean investigadas, juzgadas y sancionadas. Como se explicó en el Capítulo 1, la prohibición de amnistías para violaciones graves a los derechos humanos, así como para actos que constituyan crímenes de guerra (en casos posconflicto), se encuentra reconocida en el Derecho Internacional.

Asimismo, como se ha observado a lo largo del Capítulo 2 del presente trabajo, en el caso colombiano, desde el debate que impidió la promulgación de la “Ley de Alternividad

Penal”, se entendió claramente que no se podría permitir una norma que encubra una medida destinada a garantizar la impunidad de perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos o crímenes internacionales. Por ello, en los últimos años se ha buscado diseñar mecanismos jurídicos que puedan compatibilizar los derechos de las víctimas y la necesidad de alcanzar la paz. En este proceso, la experiencia colombiana ha dejado importantes respuestas que pueden tenerse presente en el marco de la justicia transicional, teniendo siempre en cuenta que las soluciones que se den en un contexto no siempre serán las que se deban aplicar en otro.

Un primer punto que se debe tener presente de la experiencia colombiana es que cualquier mecanismo que sea diseñado para garantizar un adecuado proceso de paz y DDR, por más que sacrifique justicia, no puede garantizar que se alcance la paz. Como ya se encuentra desarrollado en la doctrina y en la jurisprudencia, se produce un CANI cuando existe “una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”.¹³¹ De esta manera, los elementos constitutivos de un CANI son la organización de las partes y la intensidad de las hostilidades.

Un CANI dejará de ser tal, cuando alguno de los dos elementos que lo definen desaparezca, lo que significa que el conflicto no terminará necesariamente con un acuerdo de paz, sino con un cese real de las hostilidades. Esto es importante, puesto que el discurso oficial, especialmente en referencia a los acuerdos de paz que se desarrollan en La Habana, e incluso en la propia sentencia C-579-2013 del Tribunal Constitucional es que una vez se alcance el acuerdo, el conflicto finalizará.¹³²

¹³¹ ICTY. *Prosecutor v Tadic, Case IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. 2 de octubre de 1995, parr 70.

¹³² ZULUAGA, John E. *Óp. Cit.*, p. 164.

Es evidente que tras el acuerdo de paz, si se llega a firmar y ratificar posteriormente, el contexto colombiano cambiará. No obstante, ello no puede garantizar que los actores en el conflicto varíen y en consecuencia se mantenga el mismo. Un ejemplo de ello es el caso del propio proceso de Justicia y Paz, en el que se denuncia que muchos de los exparamilitares pasaron a formar parte de las filas de las ahora conocidas como *bandas criminales emergentes* (Bacrim).¹³³

Al respeto, como ya se indicó, los procesos transicionales son oportunidades de posibles transformaciones estructurales que no se pueden desperdiciar y para ello, un diseño adecuado de las garantías de no repetición será esencial.¹³⁴ Los procesos penales no pueden ser ajenos a estas necesidades, por lo que en transiciones a la paz deben cumplir un rol esencial que más allá, o además de, la pena, sea “la denuncia social del mal, el daño causado a los valores sociales, y la exigencia pública de responsabilidades a los culpables”.¹³⁵

Una importante lección del proceso del Marco Jurídico para la Paz es precisamente la idea de una transición más compleja, en la que los distintos mecanismos judiciales y no judiciales buscan ser complementarios, como por ejemplo, se indica en el artículo 1 en referencia a los procesos penales y a la necesidad de crear una comisión de la verdad. La importancia de esta complementariedad no solo es una manera adecuada de transitar el camino hacia

¹³³ ARANGUREN ROMERO, Juan Pablo. *La gestión del testimonio y la administración de las víctimas: el escenario transicional en Colombia durante la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y CLACSO. 2012, p. 34.

¹³⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo y María Paula SAFFON SANÍN. ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional. En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Op. Cit, pp. 226-230.

¹³⁵ SEILS, Paul. La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz. *Loc, Cit*.

la paz, sino también una obligación para satisfacer los derechos de las víctimas.¹³⁶ Es por eso que la elaboración y los debates alrededor del Marco Jurídico para la Paz han sido de especial importancia.

Asimismo, otro aporte muy relevante ha sido la necesidad de pensar los procesos penales desde un punto de macrocriminalidad. En situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos y al DIH, en donde se han cometido enorme cantidad de crímenes internacionales, es cierto que un enfoque caso a caso puede ser perjudicial para la celeridad y para poder mostrar la complejidad del contexto y de la dimensión de los crímenes. Al respecto, es importante indicar que los procesos penales también tienen la obligación de satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas.¹³⁷

Por ello, no se puede cuestionar la necesidad de priorizar determinados hechos para ser sancionados debido a su gravedad o al impacto que tendría en la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto. La priorización de casos en contexto de violaciones masivas a los derechos humanos y al DIH ha sido una necesidad que se ha revelado en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Dicha necesidad ha sido señalada y reconocida por entidades como la CIDH¹³⁸ o la Corte Penal Internacional¹³⁹.

Sin embargo, son estos mismos tribunales los que también han mostrado su preocupación en sentido de que las medidas transicionales no sean contrarias a los estándares de la

¹³⁶ OLIVERA ASTETE, Jean Franco. La complementariedad de los mecanismos judiciales y no judiciales de búsqueda de la verdad en las sociedades en transición. *Loc. Cit.*

¹³⁷ CANO, Gloria y Karim NINAQUISPE. "El rol de la sociedad civil en la demanda y promoción de justicia". En: MAGARRELL, Lisa y Leonardo FILIPPINI (editores). *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2006, p. 76.

¹³⁸ CIDH. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. *Op. Cit.*, párr. 228.

¹³⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Reporte Intermedio. Situación en Colombia*. *Op. Cit.*, párr. 199.

justicia en lo referente a la lucha contra la impunidad frente a crímenes internacionales, violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al DIH. Por ello, se ha afirmado que los criterios de priorización, selección o alternatividad no pueden ser medidas que sean utilizadas para garantizar la impunidad de los perpetradores.

La necesidad de alcanzar la verdad más amplia por medio de los juicios penales no puede ser ajena del derecho a la justicia de las víctimas de manera general, pero también de manera individual. En ese sentido, la priorización no puede impedir que el derecho a la justicia de todas las víctimas deba ser, en su debido momento, satisfecho.

La creación de tribunales especiales o especializados también puede ser una medida adecuada. Sin embargo, si, como en el caso de la Ley de Justicia y Paz, no existe una voluntad real de parte del poder político de alcanzar la justicia, como se mostró, por ejemplo, con el caso de las extradiciones, es muy difícil que algún mecanismo pueda llegar a ser efectivo.

El Marco Jurídico para la Paz fue una reforma constitucional que plantea un marco general, por lo que muchos de los puntos de aplicación concreta se desarrollarán en los siguientes meses o años. Sin embargo, el debate que ha surgido alrededor del mismo ha sido muy fructífero y ha ayudado a responder algunas dudas que existían sobre el margen de decisión que tiene un Estado que busca la paz por medio de un acuerdo, en especial en materia de justicia. El caso colombiano es importante, porque dicho debate no parte de cero, sino por el contrario, de más de una década de avances y retrocesos. El proceso alrededor de la Ley de Justicia y Paz y las lecciones producto del mismo, no deberían ser dejadas de lado, como parece que, felizmente, es el caso debido al reciente acuerdo entre las FARC y el gobierno colombiano sobre justicia.

Un acuerdo no puede garantizar la paz, pero un proceso bien llevado y con un enfoque transformador desde las necesidades de las víctimas sí. Como indica Saffon para el propio caso colombiano

“un uso cauteloso y no ingenuo de la justicia transicional implica, por un lado, tener conciencia de que hay tantos usos como abusos del discurso y de los mecanismos de la justicia transicional (...) y por otro lado, implica evitar una aplicación estándar (...) que ignore las particularidades del conflicto colombiano”.¹⁴⁰

Por ello, es necesario que dentro del campo multidisciplinario que es la justicia transicional, la justicia en transición, como principio/pilar fundamental del mismo, deba poder adaptarse a las necesidades del contexto, pero no puede llegar al extremo de ceder al punto de avalar actos de impunidad.

¹⁴⁰ SAFFON, María Paula. “Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre Justicia Transicional”. En: MINOW, Martha, David A. CROCKER y otros. *Justicia Transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2011, p. 68.

Conclusiones

1. El *ius post bellum* es un campo que reúne consideraciones morales y jurídicas que aplican en situaciones en las que los conflictos armados han concluido. Si bien no es un área nueva, tiene un desarrollo aún limitado y ha estado focalizado en situaciones de conflictos armados internacionales, principalmente frente a contextos de ocupación, aunque también se encuentra cada vez más presente frente a contextos de conflictos armados no internacionales. Dentro de sus principios se encuentran la retribución, la reconciliación, la reconstrucción, las reparaciones y la proporcionalidad. El principio de retribución es aquel que indica que se deben sancionarse aquellos actos prohibidos cometidos durante el conflicto.

2. La justicia transicional puede ser definida como el campo multidisciplinario de reflexión y prácticas que refiere a la justicia que se puede proveer a las víctimas de sociedades que están en transición desde la violencia hacia la paz o desde el autoritarismo hacia la democracia. No se trata de una forma especial de justicia, sino de una forma de entender el término en sentido amplio para abordar las necesidades de las víctimas en periodos de transición. Sus pilares/objetivos son la justicia, la verdad, las reparaciones y las garantías de no repetición. A diferencia del *ius post bellum*, la justicia transicional también analiza situaciones en las que se superan dictaduras donde se cometieron graves violaciones a los derechos humanos.

3. Al igual que el *ius post bellum*, la justicia transicional también busca alcanzar la justicia penal, la cual se adapta a las necesidades propias del contexto transicional y para reconocerla mejor frente a la justicia penal en situaciones de "normalidad", ha sido denominada en este trabajo como "justicia en transición". La justicia en transición tiene su

fundamento en distintas áreas del Derecho Internacional, principalmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario. Este último, solo para los casos en los que se realiza una transición del conflicto armado a la paz.

4. La obligación de investigar, juzgar y sancionar tiene su fundamento en el Derecho Internacional en distintos tratados, así como en la jurisprudencia internacional. Si bien existen diversas posturas sobre los actos que dicha obligación incluye, en el marco de los países partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dicha obligación incluye a los crímenes internacionales y a las graves violaciones a los derechos humanos. Estas últimas, incluyen, por lo menos, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura.

5. Existe la prohibición absoluta, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de otorgar amnistías para los perpetradores de crímenes internacionales, así como de las graves violaciones a los derechos humanos. Si bien en el marco del Derecho Internacional Humanitario existe la norma que faculta a los Estados, tras un conflicto armado no internacional, a otorgar las amnistías más amplias posibles, es desde el propio Derecho Internacional, como por ejemplo, mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que se ha entendido que esta posibilidad no puede conllevar a que dichas amnistías incluyan a los crímenes internacionales o a las graves violaciones a los derechos humanos.

6. En Colombia, se ha procedido en los últimos años a asumir el enfoque de la justicia transicional como parte del discurso académico y oficial del Estado, tanto a nivel político, legislativo y judicial. En ese sentido, se han promulgado un conjunto de normas que tienen

este enfoque. Principalmente, en lo referido a la justicia en transición, se pueden identificar dos grandes procesos, el referido a la Ley de Justicia y Paz y el del Marco Jurídico para la Paz.

7. La Ley de Justicia y Paz fue una norma que tenía el objetivo de la desmovilización de miembros de grupos armados, principalmente de los grupos paramilitares. El proceso por el que se alcanzó su promulgación se dio en medio de un intenso debate, en el cual se llegó a visibilizar el enfoque de derechos humanos en la sociedad colombiana y mediante el cual, como consecuencia de presiones internas e internacionales se introdujo en la norma los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación. El eje central de la norma estuvo en el mecanismo conocido como “versión libre”, por medio del cual el paramilitar podía confesar sus crímenes para poder recibir la pena alternativa.

8. Tras la sentencia C-370-06 de la Corte Constitucional de Colombia, la Ley de Justicia y Paz sufrió importantes cambios, especialmente en la interpretación de los mecanismos para su adecuada implementación conforme a los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación. Si bien la norma ha recibido críticas, especialmente por la manera en que se ha llevado su ejecución, entes internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o la Fiscalía de la Corte Penal Internacional han señalado que el proceso que regula cumple con los estándares internacionales de la justicia en transición.

9. El Marco Jurídico para la Paz fue una reforma que tuvo como objetivo otorgar un marco constitucional al proceso de paz conforme a los estándares de la justicia en transición. Dicha norma reconoce los derechos de las víctimas a la justicia, verdad y reparación e indica que se debe proceder a un conjunto de mecanismos de justicia transicional para alcanzar la paz. El Marco Jurídico para la Paz planteó que se debe cambiar el enfoque que se ha venido

ejecutando en Colombia en los primeros años de la Ley de Justicia y Paz, el cual consistió en investigar caso por caso, de manera que se pase a investigar patrones de macrocriminalidad. Sin embargo, dicho cambio de enfoque fue cuestionado, principalmente, por el modelo de selección y priorización elegido, el cual velaba por procesar penalmente solo a los “máximos responsables” que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

10. La principal crítica al Marco Jurídico para La Paz es que el modelo de la selección de casos pueda conllevar a la impunidad en dos aspectos: a quienes no sean considerados como los máximos responsables y a aquellos que cometan graves violaciones a los derechos humanos, pero que no sean considerados crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra. Asimismo, presenta serios cuestionamientos sobre la posible aplicación de penas reducidas, alternativas o suspendidas. Estas preocupaciones han sido planteadas tanto por la Comisión Interamericana, como por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

11. La priorización de casos debido a la gravedad del crimen o la importancia del hecho para las víctimas o para la sociedad en su conjunto, no es cuestionada desde el Derecho Internacional para contextos excepcionales como las transiciones de conflictos armados a la paz. Sin embargo, no existe igual consenso en el caso de la selectividad de casos, puesto que ello puede significar que se elimine el derecho de todas las víctimas de crímenes internacionales o violaciones graves a los derechos humanos a obtener justicia y de sancionar a todos los responsables.

12. Actualmente, no existe un parámetro establecido sobre la obligatoriedad de imponer penas privativas de libertad frente a crímenes internacionales o violaciones graves a los

derechos humanos, ni del *quantum* de la pena en caso que se imponga una medida de ese tipo. No obstante, existen algunos tratados y jurisprudencia que indican que la pena debe ser proporcional con la gravedad del acto cometido. Si bien el Derecho Internacional no tiene una respuesta absoluta sobre esta temática, parece decantarse por la posibilidad de que en situaciones excepcionales, como las transiciones hacia la paz, es permitida la reducción e incluso, en algunas situaciones la alternatividad por penas no privativas de la libertad, pero no así la suspensión de la pena.

13. Una importante lección del proceso del Marco Jurídico para la Paz frente al de Justicia y Paz es precisamente la idea de una transición más compleja, en la que los distintos mecanismos judiciales y no judiciales buscan ser complementarios. Sin embargo, sin establecer que las penas reducidas como las que se dieron en la Ley de Justicia y Paz son la única opción, sí es importante aceptar que el mecanismo instaurado ha sido validado por organismos supervisores de los estándares de la justicia en transición. En ese sentido, debe aprender de la experiencia ganada en la última década para garantizar que las medidas de justicia transicional no significarán mecanismos que conlleven a la impunidad de perpetradores de los crímenes internacionales o de las violaciones graves a los derechos humanos.

Bibliografía:

1. Libros

ARANGUREN ROMERO, Juan Pablo. La gestión del testimonio y la administración de las víctimas: el escenario transicional en Colombia durante la Ley de Justicia y Paz. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y CLACSO. 2012

CUERVO R. Jorge Iván, Eduardo BECHARA GÓMEZ y Verónica HISNOSTROZA ARENAS. Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales. A propósito de la Ley de Justicia y Paz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

DE GAMBOA TAPIA, Camila (Editora). Justicia Transicional: Teoría y Praxis. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.

ELSNER, Gisela, Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (editores). Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2009.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Gabriel Ignacio. Justicia transicional en disputa. Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002-2012. Medellín: Universidad de Antioquía, 2014

GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. ¡Basta ya! Colombia: Memorias de la Guerra y dignidad, Bogotá: Imprenta Nacional, 2013

HAYNER, Priscilla B. *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. Nueva York: Routledge, 2011.

HERNÁNDEZ, Luis Humberto. "Dimensiones Históricas y Socio-económicas del Conflicto Armado en Colombia", en: Vargas, A. (editor). *Diálogos de La Habana: Miradas múltiples desde la Universidad*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Vicerrectorado de Investigación y Extensión, Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz

JAVE, Iris (editora). *Las reparaciones a las víctimas de la violencia en Colombia y Perú: retos y perspectivas*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

LA HAYE, Eve. *War Crimes in Internal Armed Conflicts*. Cambridge: University Press, 2010.

MAY, Larry y Elizabeth EDENBERG. *Jus Post Bellum and Transitional Justice*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013

MINOW, Martha, David A. CROCKER y otros. *Justicia Transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2011.

OLASOLO ALONZO, Héctor. *Introducción al Derecho Internacional Penal*. México D.F: Tirant lo Blanch México, 2014

OLIVERA ASTETE, Jean Franco. La verdad como forma de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación a la transición peruana. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014

OROZCO ABAD, Iván. Justicia Transicional en tiempos de memoria. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2009.

RINCÓN, Tatiana. Verdad, Justicia y Reparación. La Justicia de la Justicia Transicional. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

STAHN, Carsten y Jann K.KLEFFNER (Editores). Just Post Bellum. Towards a Law of Transition from Conflict to Peace. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

2. Artículos en libros.

AMBOS, Kai y John E. ZULUAGA T. Justicia de transición y constitución. A manera de introducción. En: AMBOS, Kai (Coordinador). Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá: Temis, 2014

APONTE, Alejandro. "Colombia: un caso sui generis de la justicia de transición". En: ALMQVIST, Jessica y Carlos ESPÓSITO (editores). Justicia Transicional en Iberoamérica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009

BOON, Kristen E. The Application of Jus Post Bellum in Non-International Armed Conflicts. En: STAHN, Carsten y otros. Just Post Bellum. Mapping the Normative Foundations. Nueva York: Oxford University Press, 2014.

CANO, Gloria y Karim NINAQUISPE. “El rol de la sociedad civil en la demanda y promoción de justicia”. En: MAGARRELL, Lisa y Leonardo FILIPPINI (editores). El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2006

CARRILLO, J Arturo. Verdad, justicia y reparación en Colombia ¿El camino hacia la paz y la reconciliación? En: BOUVIER, Virginia (Editora). Colombia. La construcción de paz en tiempos de guerra. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014

COTE BARCO, Gustavo Emilio y Diego Fernando TARAPÚES SANDINO. El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la constitución realizado en la Sentencia C-579 de 2013. En: AMBOS, Kai (Coordinador). Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá: Temis, 2014

FILIPPINI, Leonardo y Lisa MARGARRELL. “Instituciones de la justicia en transición y contexto político”. En: RETTBERG, Angelika (compiladora). Entre el perdón y el paredón. Bogotá: Universidad de los Andes. Canadá: International Development Research Centre, 2005, pp. 143-170.

FREEMAN, Mark y Dražan DJUKIC . “Just post bellum and transitional justice”. En: STAHN, Carsten y Jann K.KLEFFNER (editores). Just Post Bellum. Towards a Law of Transition from Conflict to Peace. Cambridge: Cambridge University Press, 2008,

MAY, Larry. Jus Post Bellum, Grotius and Meionexia. En: STAHN, Carsten y otros. Just Post Bellum. Mapping the Normative Foundations. Nueva York: Oxford University Press, 2014.

REATEGUI, Félix. “Comisiones del Verdad y Justicia Transicional”. En: QUINTEROS, Víctor Manuel (coordinador). Judicialización de violaciones de Derechos Humanos. Aportes Sustantivos y Procesales. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010

SÁNCHEZ LEÓN, Nelson Camilo y Rodrigo UPRIMNY YEPES. El marco jurídico para la paz: ¿Cheque en blanco o camisa de fuerza para las negociaciones de paz?. En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada. Bogotá: Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

SEILS, Paul. “La restauración de la confianza cívica mediante la justicia transicional”. En: ALMQVIST, Jessica y Carlos ESPÓSITO (editores). Justicia Transicional en Iberoamérica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009

SCHULTZE-KRAFT, Markus. La Estrategia de Resolución integral del Conflicto Armado y la Construcción democrática del poder y del orden en Colombia. . En: VARGAS, Alejo. Diálogos de La Habana: Miradas múltiples desde la Universidad. Bogotá: Universidad

Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Vicerrectorado de Investigación y Extensión, Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz, 2010

TEITEL, Ruti. "Genealogía de la Justicia Transicional". En: REATEGUI, Félix (coordinador). Justicia Transicional: Manual para América Latina. Brasilia: Comisión de Amnistía. Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011

TODOROV, Tzvetan. Los límites de la justicia. En: Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales. CASSESE, Antonio y Mireille DELMAS-MARTY (Editores). Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2004

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SAFFON SANIN, María Paula. Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En: DE GAMBO TAPIA, Camila (Editora). Justicia Transicional: Teoría y Praxis. Bogotá: Universidad del Rosario. 2006.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y María Paula SAFFON SANÍN. La ley de "justicia y paz": ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades? En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: DeJuSticia, 2006

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y María Paula SAFFON SANÍN. ¿Al fin, ley de justicia y paz? La ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional. En: UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Bogotá: DeJuSticia, 2006

VAN ZYL, Paul. "Promoviendo la Justicia Transicional en Sociedades Post Conflicto. En: REATEGUI, Félix (coordinador). Justicia Transicional: Manual para América Latina. Brasilia: Comisión de Amnistía. Ministerio de Justicia; Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2011, pp. 47-72.

ZULUAGA, John E. Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal. En: AMBOS, Kai (Coordinador). Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá: Temis, 2014

3. Artículos en revistas.

BARRETO ARDILA, Hernando. "La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional". Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, vol. 27, N° 81, mayo-agosto. 2006.

DE BRABANDERE, Eric. "The Responsibility for Post-Conflict Reforms: A Critical Assessment of Jus Post Bellum as a Legal Concept". Vanderbilt journal of Transnational Law. Vol. 43:119. 2010, pp. 119-149.

GÓMEZ ISA, Felipe. El Fenómeno de la Impunidad: luces y sombras en América Latina. En: Pensamiento Iberoamericano. (In)Seguridad y violencia en América Latina: un reto para la democracia. Número 2, Segunda época 2008/1

GRADITZKY, Thomas. "La responsabilidad penal por violación del derecho internacional humanitario aplicable en situación de conflicto armado no internacional". En: Revista

Internacional de la Cruz Roja, 31 de marzo de 2008. En:
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>

LÓPEZ-MEDINA, Diego. Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano. Bogotá: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Número 16 (2010)

OLSON, Laura M. "Provoking the dragon on the patio - Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties". International Review of the Red Cross. 2006, N° 862, pp. 275-295.

PATTISON, James. "Jus Post Bellum and the Responsibility to Rebuild." British Journal of Political Science. Noviembre 2013, pp. 1-27.

SALMÓN, Elizabeth. "Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana". Revista Internacional de la Cruz Roja. 2006, N°.862, pp. 327-353.

SCHABAS, William A. The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone. Human Rights Quarterly 25 (2003), John Hopkins University Press, pp. 1035-1066.

SLOANE, Robert D. "The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War". The Yale Journal of International Law. Vol. 34:47. 2009, pp 48-108.

STAHN, Carsten. 'Jus ad bellum', 'jus in bello'...'jus post bellum'? –Rethinking the Conception of the Law of Armed Force. *The European Journal of International Law*. Vol. 17 no.5, 2007, pp. 921-943.

4. Jurisprudencia internacional

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C No. 96

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163

Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 252.

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.

Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263.

ICTY. Prosecutor v Tadic, Case IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct 1995

5. Informes o documentos jurídicos.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Resolución A/RES/ 60/147, 16 diciembre de 2005

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar “El conjunto de principios para la lucha contra la impunidad”. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reporte Intermedio. Situación en Colombia, 2012.

CIDH. Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales. Washington D.C: CIDH, 2 de octubre de 2007.

CIDH. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Washington D.C: CIDH, 13 de diciembre de 2013.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. Resolución 827 (1993). 25 de mayo de 1993

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. Resolución 955 (1994). 8 de noviembre de 1994.

FISCALÍA DE CORTE PENAL INTERNACIONAL. Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014 (Situaciones en Honduras y Colombia). 2 de diciembre de 2014

HENCKAERTS, J.M. Estudio sobre el Derecho internacional Humanitario. Anexo: Lista de normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario. Norma consuetudinaria 117. En : <<http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/customary-law-rules-spa.pdf>

6. Normas nacionales.

Ley 975 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Congreso de Colombia, 25 de julio de 2005.

Acto Legislativo 01 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 del Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Congreso de Colombia, 31 de julio de 2012.

7. Jurisprudencia de tribunales nacionales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia N° C-370. 18 de mayo de 2006.

SALA PENAL DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 29472, caso Manuel Enrique Torregosa Castro. 10 de abril de 2008

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-579/13. 28 de agosto de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 577-14. 6 de agosto de 2014.

8. Páginas o documentos web

ACNUR. Tendencias Globales. Desplazamiento forzado 2014. Disponible en:
<http://www.acnur.org>

CICR. La guerra y el derecho humanitario. Disponible en : <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/>

CICR. Represión penal. El castigo de los crímenes de guerra. Disponible en:
https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/represion_penal.pdf

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. Intervención en la audiencia pública sobre la constitucionalidad del “marco jurídico para la paz”. 25 de julio de 2013. Disponible en:
<https://www.iccnw.org/documents/ColJuristasintervencion.pdf>.

EL ESPECTADOR. Santos reconoce conflicto armado y Uribe lo controvierte. 4 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-reconoce-conflicto-armado-y-uribe-controvierte-articulo-267421>.

GALLÓN GIRALDO, Gustavo. Vericuetos para la Paz. Comisión Colombiana de Juristas. Disponible en:
http://www.coljuristas.org/documentos/columna.php?id_doc=108&idioma=es&grupo=4

ICTJ. Qué es la justicia transicional. Disponible en:
<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

ICTJ. Una extradición polémica. 14 de mayo de 2011. Disponible en:
<https://www.ictj.org/es/news/una-extradicion-polemica>

EL TIEMPO. Las cinco claves del acuerdo sobre justicia con las FARC. 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/acuerdo-de-justicia-en-proceso-de-paz-restriccion-de-libertad-hasta-de-8-anos-para-autores-de-delitos-graves/16385339>.

SEILS, Paul. La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz. Bogotá: ICTJ. 2015. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Analisis-Penas-ES-2015.pdf>.

STEWART, James. La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional. Disponible en:
<http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf>

OLASOLO, Héctor. ¿A qué se debe el moderado optimismo de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre el Acuerdo para la Creación de una Jurisdicción Especial de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP?. 2 de octubre de 2015. Disponible en: <https://debateglobal.wordpress.com/2015/10/02/a-que-se-debe-el-moderado-optimismo-de-la-fiscal-de-la-corte-penal-internacional-sobre-el-acuerdo-para-la-creacion-de-una-jurisdiccion-especial-de-paz-entre-el-gobierno-de-colombia-y-las-farc-ep/>

OLIVERA ASTETE, Jean Franco. La complementariedad de los mecanismos judiciales y no judiciales de búsqueda de la verdad en las sociedades en transición. Portal Polemos. Disponible en: <http://polemos.pe/2015/10/la-complementariedad-de-los-mecanismos-judiciales-y-no-judiciales-de-busqueda-de-la-verdad-en-las-sociedades-en-transicion-4/>

Unidad para Atención y Reparación Integral para las Víctimas. Reporte General. Disponible en: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?page_id=1629>.

Agradecimientos

A mi padre, porque cuando supo de mi interés de un nuevo desafío académico no dudo en apoyarme desde un inicio. A mi madre, por todo su soporte en cada una de las noches o días de estrés. A mis hermanos, porque son lo más importante que tengo y aunque el destino nos separe, no habrá forma en que siempre estemos juntos, porque así crecimos y así seguiremos creciendo. A mis abuelos y a mi familia en general, porque son esos momentos de felicidad con aquellos que considero mi familia los que me hacen creer que existen los motivos para seguir esforzándome.

A la doctora Elizabeth Salmón, por su apoyo constante en todos estos años desde la Facultad de Derecho hasta hoy. A Jose Carlos Banda y Juan Hernández, por su apoyo en los momentos más complicados en la realización de esta tesis. Finalmente, a todas las personas dentro y fuera de la PUCP que de alguna manera, en una conversación de café o académica, me dieron las ideas y las fuerzas para poder terminar este trabajo.