

La flexibilización del derecho penal frente al deber del Estado colombiano de investigar,  
juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI en la JEP

Germán Javier Álvarez Gómez  
Diego Alejandro Plaza Giraldo  
Laura Jimena Sepúlveda Gualdrón

Universidad Libre de Colombia - Sede Bogotá  
Facultad de Derecho  
Maestría en Derecho Penal  
Septiembre de 2019

## **Agradecimientos**

Muy especiales a los profesores Alfonso Daza González y Luis Gonzalo Lozano Pacheco por inducirnos al estudio de un tema tan interesante, productivo y enriquecedor para la conciencia del ejecutor judicial.

## **Resumen**

La presente tesis de investigación pretende realizar un análisis histórico-jurídico sobre el deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de competencia de la CPI y su aplicación/flexibilización en escenarios de justicia transicional, tal y como el que actualmente se presenta en nuestro país derivado del AF con las FARC. Esto, con el propósito de acompañar la tesis de doctorado del director de la misma Dr. Alfonso Daza González, en un acercamiento a la implementación del principio de legalidad flexible en la legislación doméstica, conforme pueden llegar a interpretarse las disposiciones de los tratados internacionales suscritos por nuestro país con miras a superar el conflicto armado que lo ha azotado desde hace más de 50 años.

Para el efecto, se realiza un estudio de la teoría de los DD. HH como principios a ser exigidos por la comunidad internacional, el principio de complementariedad como herramienta para asegurar la persecución de los delitos de competencia de la CPI, una reconstrucción de episodios históricos de su aplicación en el orden interno nacional y, finalmente, una reflexión crítica de su importancia en la construcción del proceso de paz con las FARC, que actualmente compete al derecho penal internacional en su lucha contra la impunidad.

## **Abstract**

This master's research thesis aims to perform a historical-legal analysis of the Colombian State's duty to investigate, prosecute and punish international crimes, and how it can be resolved / made more flexible in situations of transitional justice such as the one currently being presented in our country, derived from the final agreement between the

FARC and the Colombian State. This, with the purpose of accompanying the doctoral thesis of its director, Dr. Alfonso Daza González, in an approach to the implementation of the principle of flexible legality in domestic legislation, according to how the provisions of the international treaties signed for our country might be interpreted and oriented to overcoming the armed conflict inflicted for more than 50 years.

For this purpose, a study of the theory of human rights is carried out as plausible principles to be demanded from the international community, the principle of complementarity as a tool to ensure the prosecution of crimes within the jurisdiction of the ICC, a reconstruction of historical episodes of its application in the national internal order, and finally, a critical reflection of its importance in the construction of the peace process with the FARC, which currently falls under the international criminal law in its fight against impunity.

## Abreviaturas

AF: Acuerdo Final

AL: Acto Legislativo

ART: Artículo

CADH: CI Americana sobre DD. HH.

CCCPI: Crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional

CDN: CI de los derechos del niño

CEV: Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición

CI: Convención Internacional

CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja

CIDH: Comisión Interamericana de DD. HH.

Corte: Corte Constitucional

Corte IDH: Corte Interamericana de DD. HH.

CN: Constitución Política

CP: Código Penal

CPI: Corte Penal Internacional

CPP: Código de Procedimiento Penal

CSJ: Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal

DADDH: Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre

DDHC: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

DD. HH. : Derechos Humanos

DI: Derecho Internacional

DIDH: Derecho Internacional de los DD. HH.

DIH: Derecho Internacional Humanitario

DL: Derecho local

DP: Derecho Penal

DPI: Derecho Penal Internacional

DPC: Derecho Penal Constitucional

DPN: Derecho Penal Nacional

DUDH: Declaración Universal de los DD. HH.

EEUU: Estados Unidos de América

ELN: Ejército de Liberación Nacional

ER: Estatuto de Roma

FARC: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia / Fuerza Alternativa del

Común

HRW: Human Rights Watch

IC: *Ius Cogens*

JEP: Jurisdicción Especial para la Paz

JO: Justicia Ordinaria

JT: Justicia Transicional

OEA: Organización de los Estados Americanos

ONG: Organización No Gubernamental

PC: Política Criminal

PL: Principio de Legalidad

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

SIVJNRN: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición

TI: Tratado Internacional

UNICAT: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

UNICEF: Organización de las Naciones Unidas para la Infancia

UP: Unión Patriótica

**Tabla de contenido**

Introducción .....	1
Problema de Investigación .....	6
Planteamiento del problema .....	6
Formulación del problema .....	7
Hipótesis.....	8
Justificación.....	9
Objetivos .....	11
Objetivo general .....	11
Objetivos específicos .....	11
Resultados esperados .....	13
Estado del Arte.....	14
Estrategia metodológica .....	19
Capítulo primero. El derecho natural como la base del derecho actual y la posible flexibilización del PL .....	20
Conclusiones: El derecho natural como la base del derecho actual y la posible flexibilización del PL .....	33
Capítulo segundo. Del principio de complementariedad y su eventual activación en procesos de JT .....	37
Conclusiones: Del principio de complementariedad y su eventual activación en procesos de JT .....	47
Capítulo tercero. La legalidad histórica en casos representativos.....	50
3.1 Primer período (1948-1976).....	50
3.1.1 Normas en consideración .....	50



3.1.2 Caso.....	54
3.1.3. Análisis.....	56
3.2 Segundo período (1976-2000) .....	62
3.2.1. El caso .....	62
3.2.2 Normas en consideración .....	64
3.2.3 Análisis.....	74
3.3 Tercer período (2000 en adelante) .....	81
3.3.1. Normas en consideración .....	82
3.3.2. El caso .....	94
3.3.3. Análisis.....	99
Conclusiones: La legalidad histórica en casos representativos.....	105
Capítulo cuarto. Un esbozo a la flexibilización del DP como persecutor de los CCCPI en la JEP.....	107
A) Coincidencia en la estructura de articulados.....	131
B) La política criminal en la JT.....	137
C-D) La simbiosis entre DI y DL.....	139
Conclusiones: Un esbozo a la flexibilización del DP como persecutor de los CCCPI en la JEP.....	142
Capítulo Quinto. Conclusiones generales .....	145
Trabajos citados .....	154

## Introducción

El presente escrito, que a modo de monografía se ofrece al lector, pretende realizar una breve, pero muy seria investigación, frente al manejo actual y al que es necesario adoptar desde el derecho penal nacional (DPN) en torno al problema de los crímenes de la competencia de la CPI (CCCPI) y el principio de legalidad (PL) en la jurisdicción colombiana, orientado al mejor desarrollo posible del postconflicto que a la fecha se presenta en el país pero cumpliendo a su vez con los deberes estatales derivados de compromisos internacionales que imponen la persecución de las graves infracciones a los DD.HH.

Este trabajo se complejiza al introducir las visiones que ofrecen tanto el derecho natural (por aquello del derecho como defensa del hombre), contraria a la del derecho positivo y su doctrina legalista, para así abordar a cabalidad el debate característico entre una **fuerza** del derecho reconocida como válida y una que difiere en su legitimación, tratándose de un grado diferente de aceptación e incluso de afectación a la soberanía.

Para el efecto, dentro del contexto colombiano se encuentran posiciones varias en lo que se considera como “bloque de constitucionalidad” (suma de normas internacionales y de orden interno de igual valor jerárquico), versus la posible interpretación de la posición de la CIDH, CorteIDH y la CPI, como TI competentes para abogar por lineamientos hacia la aplicación de una jurisdicción superior viable en procesos de lesa humanidad y de afectación a los DD. HH. (ya sea en el ámbito interno, de manera contundente, considerando la **imprescriptibilidad** de la acusación penal y la persecución a los eventos de grave lesión a la dignidad humana por sobre el mencionado PL).

Es ineludible reconocer que, teóricamente, la interpretación de los DD. HH. se torna estricta como jurisdicción y compromiso para su protección. Y esto es así porque como valor

fundante de la doctrina jurídica, de acuerdo con lo estipulado por el derecho natural, es posible seguir los lineamientos que procuran como enfoque pragmático el PL flexible del artículo 15.2 del PIDCP (firmado y ratificado por Colombia).

Será entonces prioritario abordar el estudio y análisis del deber de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI hacia posiciones más cercanas con la aplicación histórica de defensa a los DD. HH.; igualmente, el sentar la apreciación de las condiciones sociojurídicas dentro del fenómeno de los CCCPI desde su promulgación inicial, y más aún, las circunstancias sociales actuales de interpretación del derecho con las prebendas que constituyen una jurisdicción especial para el posconflicto. Asimismo, lo será adentrarse críticamente en el proceso de reconciliación entre TI, donde la asimilación local es tarea vinculante para distinguir de la mejor manera posible la directriz necesaria para relacionar el deber judicial con el deber internacional. Indiscutiblemente estas son las tareas necesarias sobre las que se debe reflexionar.

De igual manera, asimilar las cuestiones de legalidad por aplicación de la norma que difiere en el tiempo —según su escala cronológica, por reclamo internacional y refrendación nacional— requiere de un reconocimiento especial al trabajo investigativo del director de tesis y profesor de la maestría, Dr. Alfonso Daza González, exponente de la teoría del mayor rango de categoría de los tratados internacionales de DD. HH. sobre la CN. Por nuestra parte, se intentará acercar este mismo cronograma de actividad no desde la postura legalista como tal, sino como la presentación de episodios históricos donde el DI pudo/puede llegar a tener injerencia en territorio local, que deberán ser apreciados, considerando esta misma base de diversos criterios de legalidad en el tiempo; para finalmente, hacer una aproximación a la actual coyuntura jurídica y política representada en la JEP.

Yendo al ejercicio investigativo a realizarse [y para el efecto], este escrito afronta desde sus mejores posibilidades la tarea de ejemplarizar la investigación hacia latitudes no abordadas aún por el debate legalista y/o profundizar en las circunstancias más discordantes. Por lo tanto, es menester considerar partes (capítulos) que permitan seguir una línea de argumentación que lleven por los caminos del DPN, la filosofía del derecho, el DPC, la PC y la historia hacia la resolución práctica del interrogante respecto a los deberes del Estado colombiano referentes a la investigación, juzgamiento y emisión de sanciones de los CCCPI, en el marco de un escenario de JT.

Con tal fin, es necesario dividir esta investigación en apartes que permitan direccionar el objetivo de una respuesta posible hacia la definición, evolución y manejo del PL que cede al TI, la confrontación entre las propuestas *iusnaturalista* versus *iuspositivista*, así como la flexibilización del DP frente a la JT.

Así las cosas, el presente trabajo se dividirá en cuatro capítulos, que evidencian la consciente necesidad de tomar un camino que se adentre y permita hallar la consecuencia del entramado principio-norma-sanción en una jurisdicción. Esto se hará de la siguiente manera:

1. El derecho natural como la base del derecho actual y la posible flexibilización del PL
2. Del principio de complementariedad y su eventual activación en procesos de JT
3. La legalidad histórica en casos representativos
4. Un esbozo a la flexibilización del DP como persecutor de los CCCPI en la JEP
5. Conclusiones generales

De acuerdo con lo anterior, la pregunta clave a ser formulada corresponde con la condición necesaria de adopción de los TI de DD. HH. como una condición probable de ejecución a ser resuelta en lo que en materia del delito internacional concierne. Esto será un trabajo de investigación histórico-jurídico, a partir del proyecto de referenciación de la

aplicabilidad del DPI como principio *pacta sunt servanda* y su eventual interpretación orientada a alcanzar propósitos propios de la JT.

La problemática no es solo de aceptación de la norma vía TI, pues mecanismos como el procedimiento de análisis dogmático del operador judicial o la PC nacional desde su proyección de deferencia hacia la norma externa pueden representar obstáculos *per se*, sino que simultáneamente genera rechazo interno fundamentándose como negativa en el PL, principio que, curiosamente, tiene su origen en el ámbito internacional.

De esta manera, acercarse a una resolución de este problema reclama un análisis a profundidad. De allí que la pregunta a formularse debe contener todo este esquema de evolución con un fin único: la garantía de los DD. HH. como ejecución de protección intrínseca a los ciudadanos, una vez se hayan suscrito declaraciones de obligatorio seguimiento por parte del Estado (existirá, entonces, una responsabilidad adquirida).

El delito internacional operaría como la barrera límite ante la impunidad y este, en sus características de persecución, es complejo de implementar en el tiempo y en la aplicación mediante políticas públicas y de poder de espectros permisivo de violación a DD. HH., entre lo que se considera vinculante y entre lo que no; y hasta donde puede ceder en pro de la superación de un conflicto de vieja data. Es, pues, la fórmula de un problema a resolver o, por lo menos, llegar a formular con sólidos fundamentos.

¿Es posible la flexibilización del derecho penal frente al deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de la competencia de la CPI en la JEP?

Para responder a esto es importante la puesta en marcha de un enfoque pragmático, pues esta tesis de maestría acompaña la tesis doctoral del docente director, introducida mayormente en el plano teórico. Así, implementar nuevos factores no tenidos en cuenta en su

oportunidad enriquece el debate y lo hace progresivo para ofrecer una visión adicional que complemente a la ya dada por el doctrinante colombiano en sus investigaciones.

## Problema de Investigación

### Planteamiento del problema

Para dirimir qué mecanismo sustancial y procedimental aplicar que complemente tanto los valores del derecho internacional en lo que se refiere a la obligatoriedad de los TI suscritos por el Estado colombiano, como el PL que reclama un esquema especial de regulación penal nacional, es necesario advertir que aquel funge como un derecho fundamental expuesto por la gran mayoría de las democracias en el globo: la prescripción de la acción y la sanción penal, su carácter irretroactivo, el derecho a la defensa y a no ser sancionado sin norma previa -“*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*”- o tipicidad rígida y otros que conjuntamente confeccionan las características garantistas del Derecho Penal.

No obstante, y adicionalmente a esto, las distintas convenciones de DD.HH. suscritas por nuestro país reconocen situaciones procesales de retroactividad, imprescriptibilidad, vinculación procesal a violadores sistemáticos de DD.HH. y la protección necesaria de la víctima de los conflictos donde existan graves falencias y/o circunstancias que priorizan la impunidad como situación probable. Todas decretan un choque de trenes entre ambas jurisdicciones.

¿Qué hacer al respecto? ¿Qué decisión tomar y con base a qué legitimidad hacerlo? ¿El ejecutor de la ley ante quien debe fundamentación y acatamiento? ¿Son las normas dictadas por el Congreso en códigos y leyes o son los principios del Derecho Internacional los mecanismos que el operador jurídico debe implementar? ¿Qué tan procedentes son las normas internacionales en los espacios judiciales locales? Y finalmente ¿Cómo conciliar ambos cuando se pretende superar un escenario de conflicto a través de una JT?

Son problemas que reclaman una respuesta por parte de los doctrinantes tanto en el ámbito de la dogmática jurídica como en el plano de lo procedimental mismo. Existen hasta ahora propuestas entre unos y otros que poco definen a cabalidad el asunto y mucho menos con precisión alguna. Es este el problema a abordar en la investigación utilizando no sólo la fórmula de la teorización conceptual sino abordando la historicidad de integración de las políticas internacionales sobre el contexto nacional, y su ejecución a lo largo de los años desde su primera aparición formal con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948.

### **Formulación del problema**

¿Es posible la flexibilización del derecho penal frente al deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de la competencia de la CPI en la JEP?



## Hipótesis

Es posible la flexibilización del derecho penal frente al deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de la competencia de la CPI en la JEP, solo en tanto exista el propósito de superar la grave vulneración de los DD.HH ocasionada con el conflicto armado suscitado en nuestro país. Para tal efecto, se ha diseñado una estructura judicial de JT representada en la JEP que ha trazado su forma de intervención en temas sensibles referidos al juzgamiento y sanción de los victimarios, y los derechos de las víctimas, mediante concesiones en determinados aspectos del DP propias de la necesaria e inherente negociación de este tipo de escenarios con circunstancias de origen principalmente político que afectan la efectiva aplicación de esa jurisdicción especial, pero ello siempre bajo la consigna imperativa que, en todo caso, el Estado tiene la obligación de perseguir y castigar los delitos de competencia de la CPI.

Lo anterior entonces permite afirmar que, en efecto, puede darse una flexibilización de la obligación estatal referida a la persecución de las más graves afrentas a los DD.HH., siempre que se propenda por un bien mayor, esto es, la pretendida paz estable y duradera, y sin que ello se traduzca en un absoluto abandono de tal deber. Esto sin embargo, no es ajeno a la discusión entre legislación internacional vs local respecto a la norma aplicable y su primacía, así como a la verificación de la observancia de dichos compromisos internacionales por parte de los TI competentes, en donde una conclusión negativa derivada de la imposibilidad o incapacidad del Estado permitiría una intervención foránea a través del principio de complementariedad.

## Justificación

Esta investigación es relevante en la medida en que el país se encuentra inmerso en el fin de un conflicto armado que lleva décadas de existencia. De tal manera que a la hora de hacer el análisis lógico-normativo este se controvertirá con los elementos históricos hallados y vinculados de manera directa con el proceso bélico que lo ha afectado a lo largo del siglo XX y XXI.

Es entonces una investigación actual y se enfatiza en la puesta en práctica de lo aprendido no solamente desde el escritorio del jurisconsulto, sino desde la apreciación humanista del Derecho como herramienta contra la violencia.

Es importante la realización de un enfoque pragmático, pues este trabajo de Maestría acompaña a la tesis doctoral del docente director que se desarrolla fundamentalmente de manera teórica. Así, introducir nuevos elementos no tenidos en cuenta entonces enriquece el análisis pretendido y lo hacen más progresivo, con el fin de ofrecer una propuesta más completa y acorde con la actual realidad nacional que la ya expuesta por el doctrinante colombiano en sus investigaciones.

El problema es claro y de necesaria resolución. Hacia él se dirige el doctor Daza y hacia allí es la intención de su comprensión como apertura hacia el debate, en tanto en su clara apuesta *iusnaturalista* este trabajo opta por introducir la visión *iuspositivista* sumada a la faceta crítica de aplicación del Derecho material. Se enfocará en elementos extras como el principio de complementariedad, la crisis de la Política Criminal y el deambular del Estado colombiano hacia el rechazo de lo novedoso que repercute en la costumbre judicial. Aportes todos que dan cabida sin problemas de análisis complementario que visualice aún más la dificultad encontrada primeramente: ¿qué hacer respecto a la manifiesta impunidad de los CCCPI?

La aplicación es entonces social y jurídica, incluso y ante todo, ética. ¿Se justifica hacer un análisis a fondo sobre la imprescriptibilidad y persecución de los CCCPI? La pregunta sólo tiene una única respuesta y sobra ser escrita. Por consiguiente, en un Estado como el colombiano donde se dan fenómenos de masivas vulneraciones a los DD.HH. es reivindicadora la actitud del estudiante hacia el elemento base de lo teórico que dicta el camino de lo procedimental.

Es así como partiendo de la caracterización de las apuestas filosóficas, se citarán hechos contundentes de infructuosa aplicación penal y otros con imperativa revisión internacional. Es entonces una situación que claramente reclama resolución. ¿Qué sucede de no preocuparnos por el tema en cuestión? Existirán dos posibilidades a la misma: (i) nos encontramos en un análisis inane que reflejará de la misma forma una caducidad de acciones legales que atestiguan la reiterada impunidad nacional respecto a las violaciones de los DD.HH., o (ii) nos atenemos a que los entes de control internacional nos declaren un Estado fallido institucionalmente e incluso con sanciones a posteriori por manifiesta incompetencia para la investigación y sanción de los delitos de lesa humanidad y de guerra.

No sobra adicionar a todo esto que, se justifica la realización de una tesis en este tema porque refleja a todas luces el desarrollo e interés del Derecho Penal por condicionarse a la actualización: distinguir claramente cuáles son los crímenes internacionales de competencia de la CPI, qué los diferencia de otros, su carácter vinculante y la necesidad de su persecución. Revisar y exponer casos nacionales vía jurisdicción de Tribunales Internacionales, verbigracia, Corte Penal Internacional (falsos positivos), Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos (genocidio UP), en procura de evidenciar el desarrollo de un Derecho Penal “*Humanitario*”.

## Objetivos

### Objetivo general

- Determinar si es posible la flexibilización del derecho penal frente al deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de la competencia de la CPI en la JEP.

### Objetivos específicos

1. Examinar la teoría de los DD.HH. y la problemática entre Derecho interno y externo en su implementación sustancial y procesal desde las dos posturas claramente diferenciadas: principios generales del Derecho Penal Internacional como un deber de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI (principio de legalidad flexible) versus las garantías procesales del debido proceso garantista en el plano procesal penal nacional (principio de legalidad rígido).

2. Estudiar el principio de complementariedad como herramienta para asegurar la persecución y sanción de los CCCPI ante la insuficiencia del DPN, con miras a comprender como el mismo incide directamente en el manejo que el Estado da a la persecución de las infracciones a los DD.HH y en tal medida, la manera en que debe guiar tal imperativo en contextos de JT.

3. Reconstruir históricamente la aplicación de los DD.HH en el ordenamiento interno, esto no sólo como postura teórica sino como herramienta practica de ejecución procedimental, referenciando las distintas etapas (por casos representativos), de introducción de los estamentos internacionales en la norma colombiana, para entender los conflictos que se pueden suscitar entre ambas legislaciones a partir de la entrada en vigor de los TI frente a los

vacíos de la legislación local, y la manera en que el principio de complementariedad puede resolverlos.

4. Realizar un estudio de la manera en que la JT ha abordado los compromisos del Estado con la comunidad internacional en punto de los CCCPI a partir de críticas de uno de sus órganos de revisión, a fin de dilucidar como resulta factible condicionar el carácter vinculante del procedimiento sancionador internacional para abordar la judicialización de los CCCPI en la JEP.

## **Resultados esperados**

Esta tesis de Maestría pretende acompañar la tesis doctoral del profesor Daza González en una especie de coadyuvancia a esta, pero complementándola a partir del énfasis en la apuesta de lo pragmático por sobre lo teórico. Es un trabajo de toque historicista que deviene funcional en la medida que la investigación del doctor Daza se convierte en una fuente bibliográfica importante sobre el particular. Materia que deviene trascendental para el momento actual que vive el país y que reclama un respeto por las garantías de no solamente los perpetradores e infractores (acusados) del Derecho Penal, sino por las víctimas en una nueva vertiente más actual del Derecho: la victimología.

Con este trabajo se quiere ofrecer un ejemplo de contradicción entre posturas iusfilosóficas claramente diferenciadas pero que pueden convivir en un clima de interpretación judicial garantista en ambas partes del proceso y no únicamente desde la visión que las aísla. La idea es no sacrificar las garantías fundamentales ni los principios rectores de todo procedimiento penal sino entender cómo deben converger en sinergia con la perspectiva del derecho internacional. Es clave que de no darse así se podría caer en críticas duras de entes internacionales con potestad de judicializar (en la medida en que les sea posible), al Estado colombiano y a los individuos infractores del DIH y el DIDH. Se espera contribuir desde lo crítico de la realidad que no es ajena a lo teórico pero que deviene débil de reclamación.

## Estado del Arte

El estado del arte en lo que hace referencia al tema de análisis a llevar a cabo está configurado básicamente en la revisión actual de la investigación doctoral del abogado y profesor Alfonso Daza González, vinculado a esta casa de estudios. Y esto es así, porque a partir de su texto se tomará como guía la evolución del Derecho Penal como garantía de universalidad no sólo de exposición sino de reclamación alrededor del globo. Su tesis “*Los deberes del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los delitos internacionales*”, funge como piedra angular para el inicio y reflexión de la investigación de la tesis de maestría a realizarse.

Esto se dio a cabo porque se planteó la posibilidad de hacer una reflexión crítica a su trabajo de grado. No solamente por su carácter detallado a la hora de realizar la exposición de la problemática a discutirse: la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de DD.HH. vinculantes de manera formal adscritos por Colombia, sino por las cuestiones materiales de la inscripción del Estado colombiano como partícipe de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (entrada en vigor Ley 74 de 1968 y plena vigencia en marzo de 1976) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).

Al respecto y en lo tocante a previos trabajos escritos, es posible mencionar a diversos tratadistas, muy especialmente doctrinantes españoles a los que él mismo referencia, pero cuya característica propia es ser herramienta de fallo entre la tesis/antítesis a la hora de dirimir controversias en torno al debate de aplicación del Derecho Internacional versus el Derecho Nacional. Esto como respuesta a la manera de como un juez deberá ejecutar de manera viable la norma internacional a nivel local. Un tratadista importante de mencionar será Javier Chinchón Álvarez, quien en su análisis de esta situación reclama la prevalencia a

las obligaciones reglamentarias adquiridas por el Estado como principios generales de la comunidad internacional de carácter *ius cogens*.

Otro tratadista de similares características pero de enfoque legitimador (más no procedimental) es Joaquín González Ibáñez, para quien deberá abordarse esta implementación de los tratados internacionales como asunto ontológico de la norma, necesariamente para el Derecho en su aspecto pragmático pero aún más en su fundación misma. Según refiere, ninguna legislación será moderna y democrática si desconoce los principios básicos del DIDH y el DIH. Prácticamente estos se terminarán convirtiendo en la esencia del Derecho mismo. Desconocerlos es rechazar el principio de gobernabilidad de un Estado como agente que vela por la justicia y la democracia.

Yendo más a fondo de este análisis, es posible entrar en el debate desde el plano de la disputa entre teórica *iusnaturalismo* versus *iuspositivismo*. ¿Cómo? En la condición de que los derechos de las personas tendrían un carácter superior al de los Estados y las formalidades de los tratados internacionales. Esto es explorado desde la propuesta de José Antonio Pastor Ridruejo en sus textos a citar: “*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*”, haciendo hincapié en el límite a la Soberanía Estatal, a través del principio del Derecho Internacional como vinculante a la defensa intrínseca de los DD.HH. que no requiere considerando alguno de estipulación formal positiva.

Para profundizar en Colombia, es necesario primeramente comprender qué son los crímenes internacionales de la competencia de la CPI y cuando son violentados. Desde esta perspectiva se reconocen los análisis a esta definición realizados previamente (estudios en materia dogmática/legislativa), y los referentes al conflicto armado colombiano implicados en su vulneración. El primer punto, es definido a partir de los propios Derechos Humanos en las distintas Convenciones de la ONU: Convenciones contra la tortura y delitos atroces, Convención para el delito del genocidio, Convención de los Derechos del Niño y la Mujer,



Convenciones en materia de guerra y protección a los civiles, etc., y es una disposición hacia la protección de lo más íntimo de la corporalidad de la humanidad luego de lo ocurrido tras la debacle de la Segunda Guerra Mundial y la repercusión notable del *iusnaturalismo* como práctica jurídica a solventar este impasse. Tratadistas en DD.HH. abundan en la actualidad, el Derecho Constitucional gira en torno a los DD.HH. y es tema de gran repercusión desde hace un par de décadas, con la batuta del alemán Robert Alexy como línea de argumentación básica.

Desde allí se configurará el segundo punto: los crímenes más graves para la Comunidad Internacional como la matriz en el Derecho Internacional Público que delimita aquellos actos transgresores a los derechos personalísimos a la integridad de los seres humanos, ya sea en períodos de guerra (Convenios de Ginebra), y no guerra (Genocidio y de Lesa Humanidad). Ambos mencionados por la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), adscrita a nuestro país por vía de bloque de constitucionalidad luego de pasar el filtro respectivo y la reserva temporal de aplicabilidad. Aquí florece el debate especial de nuestro tratadista hacia la ejecución de las normas internacionales y su choque con el llamado principio de legalidad. Surge pues una controversia en lo que se descubrirá cómo el carácter *fuerte* (*stricto sensu* en el Código Penal) y *suave* (en la jurisprudencia), respecto a su aplicabilidad dependiendo de la naturaleza del Estado que lo promueve. Por ejemplo, la dificultad de estipular un delito como las ejecuciones extrajudiciales, los llamados “*falsos positivos*”, en la legislación nacional. Existirán el genocidio y el homicidio agravado, asimismo el homicidio en persona protegida en razón del conflicto; pero ninguno se adecúa específicamente a la taxatividad de la Corte Penal Internacional. En el fondo, lo que se advierte es un asunto con cuestiones álgidas entre lo que significa la prescriptibilidad de una acción penal, su delimitación e incluso su aplicación retroactiva.

Para todo esto se deberá profundizar en el análisis del conflicto armado colombiano. Estudios en este campo se darán a granel tanto en el plano histórico como en el sociológico y en el legalista-punitivo. Especial énfasis se da, a la visión de los estudios del Centro de Memoria Histórica y referencias a autores como Alfredo Molano Bravo en su origen, el desarrollo del conflicto en actos de barbarie en autores como Orlando Fals Borda, Eduardo Umaña Luna y Germán Guzmán en su famosa obra *“La violencia en Colombia”*, el genocidio de la Unión Patriótica y la dura crítica de *Human Rights Watch* a la presunta impunidad de la Jurisdicción Especial para la Paz como Sala resolutoria no ajena a posturas políticas desconocedoras de la normatividad internacional en sentido estricto.

Por otra parte, también discurren debates alrededor de esta nueva forma de ver el Derecho Penal Internacional como nutriente del Derecho Penal. Se puede citar aquí al docente de la Universidad Externado de Colombia: Carlos Arturo Gómez Pavajeu en uno de sus textos *“Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria”*. Este autor enfatiza en el uso de principios a la interpretación dogmática de corte *finalista* en el Derecho Penal. Esta es una postura que si bien empata con la propuesta del trabajo del autor escogido, le nutre en mención a análisis desde otra perspectiva. Razón por la que será incluido en el trabajo a realizarse.

Asimismo, este enfoque de principios de interpretación, en particular el principio *“pro homine”* puede ser utilizado esta vez en el plano hermenéutico a través de lo aportado por la abogada Mónica Pinto, quien desarrolla su trabajo desde esta postura intelectual. Ya enfocados en la naturaleza del Estado Social de Derecho, el abogado Carlos Bernal Pulido (2008) se introduce en la defensa de los DD.HH. como la herramienta misma para garantizar los objetivos de la causa penal en lo que corresponde al debido proceso en materias de acusados y víctimas. No es debido proceso el desconocer manifiestamente (impunidad Estatal), los daños a la integridad y vida de los ciudadanos.

Este es por ahora parte de las referencias halladas en este trabajo de grado de Maestría que pretende en su finalidad conducir lo aprendido en el plano investigativo haciendo énfasis en una propuesta novedosa pero a la vez conflictiva como es la interpretación de un tratado por vía Internacional Penal más allá de la construcción constitucional. Es un camino de Derecho que traspasa la formalidad del mismo.

## Estrategia metodológica

Siguiendo la línea de investigación del programa utilizaremos la denominada sociología Jurídica e Instituciones Políticas.

Es un trabajo de corte jurídico, debido a que el objeto de conocimiento es la norma, la jurisprudencia y la doctrina.

El enfoque es cualitativo de análisis teórico no experimental a partir de fuentes secundarias. Se revisará el fenómeno histórico jurídico con énfasis en la búsqueda investigativa de la priorización de la materialización de circunstancias en torno a la realidad de la aplicación del Derecho Internacional en el plano local.

La técnica a emplearse es la revisión sistemática de textos referenciados al tema, entre los que se hallan las Convenciones de DD.HH. y el Derecho Internacional en materia de DD.HH., las sentencias acerca del bloque de constitucionalidad, la revisión necesaria de doctrina en el área (autores nacionales e internacionales) y el estudio de la dogmática como construcción metodológica de interpretación desde la posición lógico-normativa de aplicación de la Ley que dispone una discusión dialéctica de las construcciones del *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo* (bases fundantes del debate del principio de legalidad rígido y flexible respectivamente).

Asimismo, se hará una revisión actual del proceso de paz en lo que corresponde con las discusiones de la norma estatutaria de la JEP, razón por la cual se prevé una condición de estudio en la primera parte asignada a estudios bibliográficos complejos en el plano de la literatura afín y, en este último capítulo una procuración a material menos rígido pero más actual referenciado al tema.

## Capítulo primero. El derecho natural como la base del derecho actual y la posible flexibilización del PL

Mucho se ha dicho sobre el debate entre derecho natural y positivismo jurídico. Doctrinantes, antes del holocausto, hablaban de una doctrina fundada en la justicia y la dicotomía en el contexto jurídico del ser y deber-ser. Desde Radbruch (antiguo positivista alemán), quien posterior a los hechos de la Segunda Guerra Mundial cambió de criterio en su frase contundente: “la ley extremadamente injusta no es ley”; hasta el neoconstitucionalismo (Robert Alexy muy especialmente) que abogan por una especie de principios superiores immanentes a la humanidad que permitirán hacer hincapié en derechos reclamables con base en postulados universales.

¿Pero qué tan cierto es esto? ¿Por qué si una sociedad posee condiciones de comportamiento diferentes a la nuestra se dice que actúa mal, que es una violadora de los DD. HH.? ¿De dónde surgió la idea de que los DD. HH. son la base de la defensa del DI?

El asunto se torna gris cuando se revisan las fundantes históricas de este fenómeno. Un ejemplo es la DDHC de 1789, que en una revisión estricta de sus postulados evidencia que este “hombre” no era el individuo como tal, sino el burgués-en-ascenso; y no toda la población era considerada digna de trato igual en la Francia de la revolución. Incluso, en el fondo, resulta poca su diferenciación con el modelo de la democracia griega que también carecía de postulados igualitarios, pues la **libertad** no reconocía a mujeres, niños, esclavos, pobres y extranjeros como dignos de ciudadanía.

Así, siguiendo este caso, es necesario adentrarse en los considerandos que hacen pensar que los DD. HH. son fundantes de la justicia; esto, mediante un presunto acuerdo global. En tanto toda fundamentación de reclamación actual sobre persecución penal que traspasa el PL rígido se funda en este elemento, es necesario dirigirse hacia esta inquietud:

- Existirían unos deberes/derechos universales fundantes/superiores a la norma escrita y aceptados mediante TI obligatorios a los Estados.
- La DUDH, el PIDCP, la CADH y otros TI reconocen hoy por hoy unos derechos inalienables a la persona, sin distinción de raza, credo, género, edad, estado civil, etc.

Pero si se hace la revisión de estos patrones, se identifica que siempre han existido derechos limitados a la población en general, tratándose apenas de una igualdad formal, mas no material. Por ello, siendo el objetivo de toda investigación dirigirse a la verdad y no simplemente reproducir cánones acríticos de universalidad, es claro que si antes se daba este condicionamiento en la línea de a quién se legitimaba por correspondencia de derechos, actualmente este condicionamiento radica en quién realmente se obliga con su firma [el *pacta sunt servanda* tiene limitaciones].

Para explicarlo mejor he aquí un ejemplo:

EE. UU. se autoproclama líder global contra la tortura aún cuando durante el mandato del presidente Bush se autorizaron la tortura y la desaparición forzada desde los máximos niveles del gobierno. Hoy EE. UU. afirma que está comprometido con los principios de la CI contra la Tortura a pesar de que no hace que los responsables de torturas comparezcan ante la justicia. (Amnistía internacional, 2014)

Los EE. UU. procuran TI que no ratifican tras décadas de su promulgación y, de hacerlo, desconocen abiertamente lo implementado allí en procura de sus intereses nacionalistas. ¿Cómo? Primero, a través del desacato, visto como medida irrelevante para las condiciones de su llamada seguridad antiterrorista y política internacional de protección a su régimen de control global.

Y segundo, mediante la introducción de “*reservas*” a los tratados firmados.

Cuando EE. UU. ratificó la CI contra la tortura formuló una reserva en la que declaraba que EE. UU. respetaría la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes solo en la medida en que fuera compatible con las normas jurídicas estadounidenses. (Amnistía internacional, 2014)

Entonces, encontrándose con TI que pretenden promover e impulsar comportamientos de los firmantes sin la obligatoriedad de su ejecución por parte de las potencias; resulta necesario preguntarse: ¿cuál es la naturaleza ontológica de los TI? La respuesta puede ser hallada en palabras del pensador contemporáneo Noam Chomsky (2006, p. 127): “El DI, los TI y las reglas de orden mundial se han impuesto a los demás con severidad y grandes aspavientos de superioridad moral que se descartan como irrelevantes para los EEUU”.

Desde esta óptica propia del terreno de la **Teoría del Poder**, la presunta igualdad de trato se entiende como una condición de imposición económica-militar (que se vale de la tesis *ius filosófica* de universalidad de derechos), que en cuanto a la realidad de su discriminación se adecúa a patrones de necesidad de la propuesta en un mundo occidentalizado. Entonces, ¿son los DD. HH. un discurso utilitarista con fines ajenos al origen **kantiano** de racionalidad hacia lo que se considera como **justicia**?

No es tarea de esta monografía adentrarse en la Escuela Crítica<sup>1</sup>, esta solo es mencionada para ubicar el contexto reactivo de la sociedad contemporánea que vio en la Segunda Guerra Mundial el rompimiento de los postulados racionales característicos que promulgaban una razón que lo proveía todo. ¿Cómo fue posible que esta madre razón

---

<sup>1</sup> Esta racionalidad negativa tiene entre sus exponentes más notables a Adorno, Horkheimer, Benjamín, Marcuse, Newmann, Fromm, etc.

terminase en una condición de vulneración de la propia humanidad de la que se justifica para su ejecución?

La anterior pregunta es materia del origen de la Escuela de Frankfurt y de otras más en diferentes áreas del conocimiento que promovían enfoques de diversidad de exponentes jurídicos y de las ciencias sociales. No es la racionalidad constitucional la que deviene de esta crisis, en tanto este concepto y fenómenos ya habían sido propuestos previamente a estos hechos con una protección al “Estado de derecho”.

Lo que deviene son dos posiciones abiertamente contradictorias: la primera, que reclama por unos principios universales alcanzables o por lo menos pensables; y una segunda, que se enfoca en considerandos lógico-normativos de funcionamiento y promulgación de las leyes a la manera científica (que para muchos es la formalidad del derecho).

Ahora, es importante ingresar en el movimiento del pensamiento jurídico que específicamente propone la promulgación de unos principios que no serán simplemente la base del deber-ser jurídico, sino los valores como objetividad jurídica fundados en una Constitución. Este neoconstitucionalismo es la postura actual más característica de la propuesta iusnaturalista como respuesta a esta crisis de racionalidad, caracterizada por:

- Control rígido de constitucionalidad de las normas.
- Constitución poseedora de normas y principios fundantes en DD. HH.
- Constitucionalización del derecho como medida dominadora de régimen a los postulados allí descritos. CN que se articula a su vez con TI en bloque.
- Los DD. HH. se fundan como valores objetivos para toda argumentación jurídica.
- Método de ponderación de DD. HH. y principios para la resolución de conflictos normativos.



¿Suenan a lo usual en Colombia? Completamente. Es así, y en las facultades se erigen hoy postulados en DPC como fenómeno vital y necesario a implementarse en códigos y normas con introducción justificante dentro de la propia dogmática como ciencia estricta dentro del *ius puniendi*.

¿Pero quiénes proporcionan la base y vigilan este mecanismo normativo de principios que nos rige y nos enseñan? A lo largo del globo existirán Altas Cortes encargadas de hacerlo con TI de aplicación penal y persecución a violadores de DD. HH. Para nuestro país, se consideran a la CIDH, la CorteIDH<sup>2</sup> y la CPI como las salvaguardas de los principios y derechos fundamentales y, claro, de la discordia entre estos.

¿A dónde se dirige esta apreciación? A que los EE. UU. no están afiliados a la CIDH, CorteIDH y mucho menos firmaron o ratificaron la jurisdicción de la CPI para la persecución de los CCCPI. Es entonces un círculo vicioso que claramente demuestra una imposición a considerandos de acatamiento con manipulación vía poder económico y (no en pocos casos) amenaza militar a Estados débiles.

La pregunta que seguirá inevitablemente es: ¿entonces la doctrina de los DD. HH. y el actual neoconstitucionalismo legítima para propender por un derecho “justo”? La respuesta será negativa en tanto el derecho debe regirse no solo como implementación, sino también como procedimiento. No será justa ninguna doctrina cuando un Estado defensor de la misma se constituya como juez, parte y verdugo de los otros.

Sin embargo, y en defensa del neoconstitucionalismo, es de considerar a fondo el análisis de las sociedades contemporáneas occidentalizadas. Para ello, es posible valerse de la funcionalidad del derecho como adecuación integradora dentro del sistema social. Visto de

---

<sup>2</sup> Es necesario aclarar que la CIDH y CorteIDH no son persecutoras de responsabilidad individual por delitos sino para establecer responsabilidades de los Estados suscritos por su incumplimiento.

esta manera, el derecho funciona como un eslabón de la cadena funcional de las sociedades que procuran por la interdependencia de vínculos de las personas a un Estado-nación mediante la comunicación especializada en patrones de funcionamiento en contratos, impuestos, leyes y otros.

Y aún cuando no resultase legítima una doctrina que aboga por la dependencia de criterios a disposiciones de una potencia superior, ciertamente es necesario aceptar que esta dependencia no sobreviene exclusivamente a una postura judicial, sino a todo el ser de la sociedad entera, en tanto los postulados de DD. HH. son prácticamente indiferenciados de los postulados políticos de países con predominio de la visión democrática y de corte capitalista.

Por lo anterior, la labor ontológica de los TI ratificados por la gran mayoría de los Estados auspiciados y regidos por las superpotencias opera como la conclusión de un proceso de racionalidad occidental capitalista. De allí que ciertos países sean considerados violadores de DD. HH. aún cuando generen incluso más garantías de bienestar a sus ciudadanos que otros con enorme desigualdad de derechos, como el nuestro.

¿Se debe desestimar entonces la teoría de los DD. HH. como improcedente de implementación? La respuesta también es negativa siempre y cuando se adopte la idea de que este es un deber-ser de la norma y no el principio-regla que nos pretenden imponer. Asimismo, tratándose del fenómeno **soberanía**, hay que hacer un análisis aún mayor para comprender que desde otros considerandos como el **positivismo jurídico** podría defenderse este postulado de lógica de las normas, sin incursionar en preceptos difíciles de seguir, muy especialmente en la solución de controversias judiciales (los casos difíciles vía ponderación de principios).

No obstante, la ponderación que ofrece el neoconstitucionalismo apoyada en la figura de un “juez sabio” queda en entredicho, en tanto los principios entran en contradicción en un

mismo caso y pueden ser utilizados de manera favorable o desfavorable a criterio personal del ejecutor.

La idea es que reconocer que, así como no existe una moralidad universal, mucho menos existen unos principios, valores-objetivos universales, pues estos mutan dramáticamente con el tiempo, por las imposiciones procedimentales económico-políticas de la potencia internacional que los defina como útiles, e incluso por la necesaria avenencia de la opinión pública. La pregunta finalmente es ¿entonces los DD. HH. no pueden ser ofrecidos como garantía para investigar, sancionar y juzgar los delitos? La respuesta es **sí**. Es posible, en la medida en que se reconozca que por el momento no hay otra alternativa para proteger a la parte más olvidada actualmente del proceso penal: la víctima.

Por lo tanto, un Estado-parte en la CADH debe entender que la obligación de investigar los hechos delictivos que atentan contra los derechos contenidos en el mismo texto, entraña una actuación eficiente, seria, contundente y certera que garantice a las víctimas de estos crímenes, que las aberraciones de las que fueron objeto no van a quedar en la impunidad y, en tales condiciones, se va a imponer a los responsables las sanciones pertinentes. (Daza, 2016, p. 166)

Ahora bien, en lo que respecta al tema relativo al PL nos dirigimos hacia el director de la monografía para aprovechar su conclusión en la que afirma que “no existe una clasificación entre PL ‘rígido’ y ‘flexible’ en la medida en que el PL es uno solo; lo que sucede es que el DPI y el DIDH complementan el DPN y al hacerlo complementan el PL nacional”. (Daza, 2016, p. 289)

¿Cómo llegó a esta conclusión? El autor argumenta su tesis en el capítulo séptimo de su libro, partiendo de un silogismo cuyas premisas van descomponiendo y a su vez

integrando las características normativas y procedimentales de la inclusión de los DD. HH. dentro del **bloque de constitucionalidad**, al que en su actuar doctrinante pretende superar.

La exposición, por tanto, tiene su inicio con la CN como norma de normas (art. 4), y su interpretación en su artículo 29, dedicado al debido proceso como derecho fundamental con la integración de los TI ratificados (art. 93), y su aplicación al CP en el artículo 2 de la Ley 599 del 2000. Se desarrolla con la estructura procedimental mediante su expresa designación en el artículo sexto del CP y los artículos 6 y 30 de la Ley 906 de 2004, como límite al poder punitivo del Estado. Es entonces una medida garantista.

Y esta garantía se desarrolla con especial atención en lo que corresponde a la irretroactividad de la ley. Aquí se halla el *quid* del asunto: **¿hasta dónde operarían los límites a la irretroactividad de la norma penal, tratándose de actos que la transgredan previos a su determinación como ilícitos?** Para resolver este interrogante, el autor referencia la esencia del DIDH como base sólida y esencia misma del PL, en tanto este es un derecho fundamental. Mirémoslo un poco más detalladamente.

Lo lógico es que un derecho fundamental sea garantía para el ciudadano y un deber para el Estado. Existirán delitos que afectarán a la humanidad. La garantía debe traducirse en una persecución a estos delitos por parte del Estado. Ahora bien, en tanto estos delitos son contra la humanidad, se vuelve a la misma discusión entre *iusnaturalismo* e *iuspositivismo*.

Para los primeros, la garantía de persecución será la determinada por los principios jurídicos de aceptación internacional. Y para los segundos, la estipulada en la norma, generalmente de reglamentación nacional, que ratifica tratados. Aquí se observará la discusión no en el ámbito de la esencia de los DD. HH., sino de la acción penal. Desde ya, es notorio que pareciera vencer la idea *iusnaturalista* (con todo y críticas a la misma), en este análisis.

Empero, lo que para el efecto resulta trascendente al tema es el asunto de la rigidez de las disposiciones de retro e irretroactividad de la persecución a los delitos (considerados con dos características de fondo: (1) internacionales y (2) contra la humanidad), en tanto será una obligación su persecución como garantía.

Ya sabido que el ámbito necesariamente es internacional, para el efecto de nuevo se encuentra la dicotomía tan característica del SÍ y el NO, incluso en un mismo artículo, así:

PIDCP. Artículo 15.

Irretroactividad - norma escrita – local e internacional.

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Retroactividad – principio – internacional solamente.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Se concluye tras este enunciado emblemático que la retroactividad solo sería plausible en actos determinados específicamente por el DI, y su puesta en práctica se torna relativa tratándose del enfoque que se adopte [a favor o en contra] de los principios jurídicos por sobre las normas. Esto es, se daría un condicionamiento según política del Estado: si es uno ceñido a la norma escrita, nada que hacer: el resultado únicamente es el del 15.1. *A contrario*

*sensu*, si es laxo a la interpretación del derecho, el resultado podrá ser 15.1 o 15.2, según aplicación de TI.

¿A dónde conduce esta dicotomía del 15.2? La situación evidencia que se darán posibilidades de persecución en tanto el 15.2 condiciona cualquier tipificación al DIDH como norma previa, para lo cual es necesario el reclamo vía TI, refrendado debidamente. De difícil logro es la idea de que un TI [no ratificado] permita reclamación, en tanto este provee procesalmente la legitimidad de acatamiento.

¿Por qué habría un problema de asimilación de los principios al ámbito local en materia penal? La respuesta se encuentra en la **dogmática** aplicada por los operadores judiciales que a pesar del tiempo aún se encuentran inmersos en la escuela neoclásica. Para lograr esta evolución de lo internacional a lo local, deberá darse entonces un cambio de mentalidad a través de la asimilación formadora del bloque de constitucionalidad, a partir de valores éticosociales a ser adoptados por fallo. ¿Cómo hacerlo? Mediante el principio *pro homine*.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los DD. HH., en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. (Pinto, 1997, p. 1)

Entonces, el problema de impunidad en las legislaciones internas (donde la investigación penal como garantía del acusado pretende condicionar la legalidad de lo formal: su derecho fundamental a no ser sancionado sin norma previa) debe ceder ante la garantía de

la aplicación del derecho material salvaguarda de los DD. HH. El punto aquí será de nuevo el (3) de proteger a la víctima como un deber del Estado de impedir la impunidad.

De esta manera, en el enjuiciamiento y la sanción de los autores de crímenes bajo el DI, los tribunales nacionales se enfrentan frecuentemente a un obstáculo no despreciable: la ausencia de legislación penal vigente que tipifique estos comportamientos como delitos para la época de los hechos, aún cuando para ese entonces ya constituían ilícitos penales internacionales.

(Andreu, 2012, p. 10)

La pregunta clave a hacerse de acuerdo al delito a perseguirse y ser enjuiciado: ¿la prohibición de retroactividad se daría sobre los momentos del procedimiento? La respuesta resulta ser de manera mixta: el momento del hecho es crucial, pues es el que genera la conducta típica; pero la aprobación del TI que ratifica la persecución penal es la clave. Nada tendrá que ver la normatividad nacional en tanto a lo que nos atenemos es a la ratificación del TI. Es este el momento que autoriza un procedimiento que faculta para perseguir una circunstancia de violación al DI. La jurisdicción local se funde con la global para hacer un único derecho de los DD. HH.

Por ello hoy, en caso de no estar estipulada una conducta como perseguible en una CI y ratificada por el Estado-parte, se produciría una violación de dicho principio. Claro está que al momento de fijarse la ‘CI de Ginebra’ y al formularse el ‘Protocolo adicional a los convenios de Ginebra’ que declara este principio, no había mayor reglamentación a la cual acogerse. Hoy por hoy entre los Estados que ratificaron prontamente el PIDCP, el ER de la CPI y demás TI de protección a los DD. HH. va haciéndose camino la propuesta de respeto por lo estipulado internacionalmente.

Este carácter material a partir de casos representativos y la problemática de estipulación debe analizarse diferenciando situaciones de reclamación<sup>3</sup>, y es la manera lógica de presentación de los eventos cambiantes dentro DI y su afectación al nuestro, así:

- Inicio: 1948 tras la firma por parte de Colombia de la DUDH hasta el año 1976 con la ratificación del PIDCP.
- Desde la fecha mencionada hasta la Ley 589 que adiciona los CCCPI al CP de 1980.
- Y desde esta adición hasta la actualidad.

Pero, ¿se supedita este PL a la ratificación por parte del Estado asociado? Aquí el *quid* en materia de legalidad flexible. El profesor Daza aporta una idea para solventar esta problemática, en el sentido de indicar que las normas relativas a los DD. HH. hacen parte del gran grupo de disposiciones de DI reconocidas como normas IC, razón por la cual son inderogables, imperativas (no dispositivas), e indisponibles; de suerte que la no adhesión a un TI que las contemple por parte de un Estado no lo sustrae de su cumplimiento como compromiso erga omnes adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los DD. HH. que desconocen la humanidad y su dignidad. (Daza, 2016, p. 207)

Y es soportada a su vez por el Consejo de Estado:

En conclusión, al tratarse de uno de los Principios del DI y que debe ser ejecutado por todos los Estados, independientemente de su adhesión o no al Convenio referido, es inadmisibles predicar la operancia de la prescripción como mecanismo de salvamento para detener, terminar o evitar el inicio de una investigación relacionada con la comisión de crímenes graves contra los DD. HH. y la humanidad en sí, como es el caso del genocidio de lesa

---

<sup>3</sup> Conforme indica el texto del profesor Daza González.



humanidad. Razón por la cual, aunque el Estado colombiano no ratificó el TI mencionado, ello no es óbice para reconocer de los delitos de lesa humanidad como el pluricitado genocidio no opera la prescripción, esto es, deben ser investigables en cualquier tiempo. (Consejo de Estado, 2013, p. 62)

Entonces, el PL necesariamente no operaría condicionado con la aprobación del TI vía ley para hacerlo normativa del orden interno nacional. Si se ve el asunto de esta forma, incluso, no operaría únicamente a la manera tradicional —tipificación— sino para la interpretación conforme a Principios Generales del Derecho derivados del mismo PL y correlacionados como medida garantista de DD. HH. Estos son muy especialmente: (i) la prohibición de impunidad, (ii) el derecho a la Justicia, (iii) y la persecución a los CCCPI<sup>4</sup>.

Y es de esperar este proceder sí nos atenemos a principios del DI que al ser declarados *IC* proveen la potestad para exigir su cumplimiento sin requerimientos individualizados de Estado-TI. Lo que se considera como una extensión del DPI a normas *IC*.

No se trata de retrotraer la ley penal al momento de la comisión de los ilícitos, vulnerando incluso el PL y el de irretroactividad de la ley, sino de aplicar normas que al momento de la ocurrencia de los hechos que ocasionaron la violación hacían parte del IC y que por lo tanto resultan obligatorias para los Estados por estar vigente la obligación al momento de la ocurrencia de los hechos. (Daza, 2016, p. 239)

Así, el asunto se divide entre quienes ven operar el PL con la norma escrita (estricto) y aquellos que la ven como la suma de ley, principios y tradición internacional (flexible).

---

<sup>4</sup> Esto será analizado en el siguiente capítulo con la revisión al genocidio de la UP.

¿Pero cómo complementar el uno con el otro? La respuesta termina dándose desde dos posiciones diferentes:

A. El argumentativo: una combinación en presencia de CCCPI: (i) imprescriptibilidad de la acción penal a ser declarada necesariamente, y (ii) sanción penal según la norma internacional vigente para la fecha de los hechos. En caso de existir norma nacional (desde la reforma del año 2000 al CP de 1980), se aplicará esta. ¿Las razones? Los DD. HH. reclaman su protección como normatividad superior más que cualquier otra de diferente carácter. Asimismo, el accionante transgresor posee la cualidad de conocimiento de que su actuar reclama una violación a los DD. HH. que no debe quedar impune.

B. El complementario: todo es resuelto vía legislación nacional y conforme las víctimas adviertan impunidad sobre los hechos se podrá acudir a los estamentos internacionales para su protección y amparo vía **principio de complementariedad**, el cual se abordará con mayor profundidad en el capítulo siguiente pero que, a grandes rasgos, se traduce en que una vez se haya revisado exhaustivamente el actuar de las autoridades internas y se pruebe fehacientemente que no se ha dado una investigación o un enjuiciamiento acordes a la naturaleza de los crímenes cometidos, la CPI tendrá la potestad de asegurarse estos procedimientos en materia de disposiciones internacionales de DD. HH.

### **Conclusiones: El derecho natural como la base del derecho actual y la posible flexibilización del PL**

Se dio inicio con el análisis en la búsqueda de la razón ontológica para la existencia de los TI de DD. HH., en tanto son la base para la reglamentación penal contemporánea. En esta tarea se percibió que desde la reflexión política, los DD. HH. sobrevienen como un engranaje globalizador para superar la crisis de la racionalidad, especialmente como herramienta a ser utilizada después de la Segunda Guerra Mundial.

En este examen se advierte que se ofrecían previamente posiciones *ius filosóficas* para la justificación del derecho como normas y principios. Mediante la implementación del neoconstitucionalismo, se equiparó justicia con la obligación del Estado por garantizar la defensa de los DD. HH. en una carta magna.

Ergo, estos principios y normas se convierten en la piedra angular desde donde sobrevendría todo el análisis dogmático y la interpretación jurídica. Y en este ámbito llama la atención que a la manera *iusnaturalista* del neoconstitucionalismo se fundó un régimen de aplicación e interpretación judicial condicionado en todos los ámbitos a la omnipresencia interpretativa de principios fundamentales (expresa o tácitamente), como tesis garantista del DPC.

En este punto, se redirecciona hacia la materialización de esta doctrina para no quedar únicamente con la teoría formal descrita en códigos y leyes, logrando así identificar que la legitimidad de esta queda comprometida, al ser auspiciada con ahínco por países dominantes económica y militarmente en el globo, para los cuales no operan los mecanismos judiciales a los que ellos reclaman sometimiento irrestricto.

A partir de allí se entiende entonces que, en realidad, la idea de los DD. HH. opera como medida coercitiva de las potencias. No obstante, se acepta que la doctrina como tal sobreviene como un mecanismo funcional dentro del sistema social del que se hace parte y en el que se está suscrito a la mecánica del mundo occidentalizado.

En esta misma discusión, pero desde el ángulo de la praxis en casos para llevar a efecto estos principios, se halló que esta doctrina presenta considerables críticas para su implementación procedimental, no solo como crítica política sino como propuesta argumentativa, en tanto existirán casos conflictivos donde el mecanismo de ponderación resulte ambiguo e incluso ceda a considerandos de opinión pública.

No obstante, tras tantas vueltas a la postura universalista de los DD. HH., se logró entender que, como garantía de respeto a la dignidad humana, esta doctrina ofrece la mayor posibilidad para la defensa de los ciudadanos por parte del Estado. Mientras no exista otra fórmula mejor planteada para la defensa de la víctima de graves lesiones a su humanidad, esta será la necesaria a ser abordada.

Respecto al PL, se advirtió que despliega características que condicionan su aplicación a la norma previa legalmente constituida (irretroactividad), y a su carácter perentorio luego del paso del tiempo para su reclamación (prescripción), cuestiones que representan garantías a todo ciudadano al momento de ser vinculado a procedimientos judiciales. Ciertamente, es difícilmente se puede entrar en conflicto con esta estipulación, tratándose de conductas ocurridas en territorio nacional bajo la legislación interna sobre delitos comunes.

La problemática deviene por compromisos internacionales adquiridos y su naturaleza ontológica de reclamación en el tiempo (su carácter retroactivo e imprescriptible), para eventos que han sido conceptuados como perseguibles en todo momento y lugar, generando incluso razonamientos que niegan posibilidad alguna de olvido para violaciones al DIH y al DIDH.

Siendo así, se evidenció un choque respecto a lo que se está dispuesto a aceptar por parte de las autoridades nacionales (estricto), versus lo que se pretende implementar (flexible) por interpretación doctrinal-jurisprudencial, mediante principios del derecho internacional.

Existe entonces una tensa discusión entre las posturas rígida y flexible del PL a ser aplicadas en el ámbito de los DD. HH. Ambas, expuestas en un primer momento en el artículo 15 del PIDCP. El numeral 1 es enunciado taxativamente en las legislaciones propias de cada Estado.

El numeral 2do. de dicha disposición que da pie a una flexibilización del PL se corrobora con la amplia jurisprudencia sobre la necesaria adopción de una PC defensora de los compromisos internacionales adquiridos en pro de los DD. HH. a través de principios del DI.

¿Por qué ocurre esta controversia? ¿Cómo solucionarla? A la primera pregunta la respuesta es de naturaleza política y deviene en el concepto de **soberanía**, que provee a todo Estado como garante de su propia normatividad y sus intereses de autogobernabilidad. Un Estado se crea para ser autónomo y, con este fin, el fenómeno normativo impide toda injerencia que condicione sus leyes a las de otro Estado.

La segunda deviene por el auge del DI y su progresión hacia el necesario respeto mutuo inter-naciones. Esto significa entonces que en una situación concreta de convivencia internacional deberán darse primeramente normas que impidan el abuso de un Estado por sobre otro en afectaciones a los DD. HH., pero que posteriormente pasan a considerarse universales dentro del propio territorio local. Esta es, por ejemplo, la travesía del DIH en sus protocolos de guerra externa hacia la interna.

Estos son los principios del DI que para los modernos tratadistas constituyen la fundante legitimidad para la aplicación de los TI en legislación doméstica, que como se advierte hasta el momento operan en su manera práctica como principio de complementariedad y que se espera con total obligatoriedad pasen a ser asimilados como se expone a la manera teórica. El segundo capítulo de esta investigación profundizará sobre tal principio mientras que el tercero pretende brindar ejemplos de este camino.

## **Capítulo segundo. Del principio de complementariedad y su eventual activación en procesos de JT**

En el presente capítulo se estudiará los fundamentos establecidos en el ER y la posibilidad que tiene la CPI de ejercer su jurisdicción, cuando un Estado-parte incumple los compromisos de investigar, juzgar y castigar los crímenes más graves de trascendencia para para comunidad internacional.

Al respecto, resulta necesario señalar que tal y como se trató en el capítulo segundo, después de finalizada la segunda guerra mundial, los Estados propendieron por la codificación de los Derechos Humanos en las distintas Convenciones de la ONU: Convenciones contra la tortura y delitos atroces, Convención contra el Delito de Genocidio, Convención de los Derechos del Niño y la Mujer, Convenciones en materia de guerra y protección a los civiles, etc.

Para tal efecto, los Estados se comprometieron a incorporar en la legislación interna tales tratados con el fin primordial de prevenir la ejecución de los crímenes internacionales y sancionar a los responsables de su ejecución. Así las cosas, existen 2 deberes internos impuestos a los Estados a saber:

- i) Uno de derecho público, que implica que el Estado adapte tales tratados a su ordenamiento jurídico para evitar ser objeto de demandas en el ámbito internacional por la actuación u omisión de sus servidores públicos. En caso de que se presenten tales acontecimientos y el Estado no haga prevalecer los DD.HH., la CIDH y la CorteIDH serán las encargadas de establecer la responsabilidad del Estado por aquello.

Para el caso colombiano, la Constitución Política, prevé:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

- ii) Otro de derecho penal, encaminado a que el Estado garantice la persecución de las conductas prohibidas a nivel internacional (tales como el genocidio y crímenes de lesa humanidad), mediante su incorporación en su legislación interna a través de la creación de tipos penales que permitan la investigación, juzgamiento y condena de los responsables de su ejecución.

Sobre ese aspecto el preámbulo del ER 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, (CPI, 2002, p. 1)

Así las cosas, en caso de que el estado no realice las gestiones necesarias para judicializar a los responsables de los crímenes internacionales, será la CPI la que asuma su competencia vía complementariedad, tal como se procederá a explicar.

La JT es entendida como la posibilidad que tienen los gobiernos de llegar a acuerdos con los responsables de crímenes internacionales, en aras de conseguir la paz. Sin embargo, dicha potestad debe acatar los compromisos adquiridos en el ER, pues de no hacerlo la CPI podría revisar lo pactado vía principio de complementariedad.

No se puede pasar por alto el principio *nullum crimen sine lege*, previsto en el artículo 22 del ER, según el cual:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

**2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.**

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Conforme con lo anterior, aunque los Estados tienen la posibilidad de flexibilizar las consecuencias penales de los CCCPI, así como los institutos establecidos para su determinación, en ningún momento podrán hacer lo propio respecto de la tipificación en estricto sentido contemplada en el ER.

Ahora bien, en nuestro país, el ER fue promulgado mediante el Decreto 2764 de 2002. Podemos citarlo:

Artículo 1°. Se establece una Corte Penal Internacional. La Corte será una institución permanente y tendrá el poder para ejercer su jurisdicción sobre las personas que comentan los crímenes más graves de trascendencia



internacional de conformidad con el presente Estatuto, y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. (CPI, 2002, p. 3)

Y especialmente el numeral 3 del artículo 17 lo desarrolla:

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio. (CPI, 2002, p. 12)

De acuerdo con lo anterior, el ER otorga un carácter principal a la actividad de las jurisdicciones nacionales, para que éstas adelanten las investigaciones y el juzgamiento de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Asimismo, conforme con esa codificación, los Estados-parte le otorgan a la CPI una primacía material, la cual tiene como principal finalidad la de impedir la impunidad en aquellos eventos donde las naciones no judicializan a los responsables los crímenes establecidos en el ER.

Así las cosas para que la CPI decrete la inadmisibilidad de un caso es necesario que:

- (i) El hecho esté siendo objeto de “una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él”. -Artículo 17, numeral 1º, literal a), ER-(CPI, 2002, p. 12)
- (ii) El caso haya sido objeto de “investigación por parte de un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté

dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”. -

Precepto 17 numeral 1º, literal b), ER- (CPI, 2002, p. 12)

- (iii) La “persona que se trate haya sido enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia”. -Artículo 17 numeral 1º, literal b), ER- (CPI, 2002, p. 12)

Es necesario tener en cuenta que la Fiscalía y la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI han señalado que solo van a ejercitar su jurisdicción respecto de los líderes políticos y que tienen una mayor responsabilidad en la ejecución de los crímenes perseguidos por el ER, por lo que será admisible un caso en virtud del principio de complementariedad cuando la jurisdicción nacional permanezca inactiva, sea incapaz o no tenga una auténtica disposición para perseguir penalmente a este tipo de personas. De ahí que los mandos medios deberán ser investigados y juzgados por la jurisdicción nacional, cuya función toma un papel preponderante en procesos de JT, pues para alcanzar la paz se debe judicializar a todos los responsables de los crímenes internacionales cometidos en ese territorio.

Debido a que el principio de primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte únicamente impide la actuación de esta última en el caso de que aquéllas lleven a cabo investigaciones o enjuiciamientos, el primer supuesto de admisibilidad se produce cuando las jurisdicciones nacionales permanecen inactivas en relación con los delitos recogidos en el Estatuto que se hayan producido en la situación o caso de que se trate. Además, cabe distinguir entre supuestos de inacción *a priori*, que tienen lugar cuando las jurisdicciones nacionales afectadas no han iniciado actuaciones con respecto a los delitos de que se trate, y supuestos de inacción *a posteriori*, que se producen cuando las actuaciones nacionales se interrumpen por razones distintas de aquéllas de carácter técnico previstas en las leyes procesales penales de los Estados afectados. (Olásolo, 2011)

Ahora, una de las formas de evitar que la CPI ejerza su jurisdicción, es a través de leyes de amnistías, las cuales en palabras de profesor Kai Ambos se dividen en tres. La primera se refiere a las amnistías absolutas, donde no solo se eximen de responsabilidad penal, sino que prohíben cualquier tipo de investigación. Ejemplo de las mismas, serían el Acuerdo de Paz de Lomé firmado entre el gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario o el decreto 2191 suscrito por el General Augusto Pinochet en abril de 1978. Las segundas y terceras, fueron denominadas como amnistías condicionadas con o sin Comisión de Verdad y Reconciliación, las cuales como su nombre lo indica condicionan la exención de responsabilidad a la ejecución de ciertos actos de la parte que se busca favorecer con la misma.

Es de advertir que las amnistías en las que no se establezca una investigación de los hechos ocurridos en aras de obtener el esclarecimiento de los hechos, se traducen en la ausencia de gestiones de la jurisdicción nacional y, por ende, se activa el principio de complementariedad de CPI.

Asimismo, existen casos donde los Estados adoptan medidas de exención parcial de responsabilidad por la comisión de los delitos previstos en el ER, tal como sucedió con la Ley de Justicia y Paz, establecida en Colombia a través de la Ley 975 de 2005. En este caso, la aplicación o no del principio de complementariedad dependerá de la medida en que se adelante una causa tendiente al esclarecimiento de los hechos y se sancione a los máximos responsables de crímenes internacionales.

De igual modo, si bien la jurisdicción nacional tiene la potestad de adelantar el proceso en contra de los máximos responsables de los crímenes internacionales, al punto que el numeral 3° del artículo 20 del ER establece que la CPI no enjuiciará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal, también lo es que existen 2 excepciones a ese postulado, que se presenta cuando el proceso adelantado por el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

De acuerdo con esa norma, es claro que aunque prima la jurisdicción del Estado para para investigar y juzgar a los responsables de “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, también lo es que la CPI en virtud del principio de complementariedad podría afectar el principio de cosa juzgada para evitar que los delitos perpetrados por estas personas tengan visos de impunidad.

A este respecto es importante recordar que la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución hubiera provocado inevitablemente problemas de *ne bis in ídem*. Así, o la extensión de la configuración dinámica del principio de complementariedad a la fase de ejecución iba acompañada del reconocimiento automático de las sentencias dictadas por las jurisdicciones nacionales a los efectos de ejecución por la Corte, o la Corte debería proceder a un nuevo enjuiciamiento de los hechos objeto de las sentencias firmes dictadas por las jurisdicciones nacionales (y en las que además no concurrirían ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 20 (3) ER) antes de proceder a la ejecución de la sentencia firme dictada por la propia Corte. De esta manera, unos mismos hechos serían enjuiciados en dos ocasiones y podrían dar lugar a dos sentencias firmes contradictorias (una dictada por los órganos jurisdiccionales nacionales y otra por la Corte). (Olásolo, 2011)

De otro lado, resulta necesario reconocer la naturaleza de la CPI para responder el interrogante acerca de cuáles han sido sus aportes. Si se leen artículos y textos de carácter técnico, se pueden verificar desde dos perspectivas de su proyección como organismo internacional.

La primera, tras la búsqueda de un ente autónomo de naturaleza permanente que ofrezca una alternativa a la implementación de Tribunales *ad hoc* para resolver casos de violencia contra la humanidad (generalmente se citan a Ruanda y a la antigua Yugoslavia); y la segunda, para propender por una jurisprudencia que sea confiable y genere una línea de interpretación cuyo principio de argumentación jurídica provea la directriz de cómo deben ser manejados penalmente los autores de los crímenes previsto en el ERI. Esta es la proyección más valiosa de la CPI en lo que a ciencia jurídica se refiere y existen todo tipo de disertaciones al respecto. Es valiosa de referenciar la realizada por el CICR de la que se cita un aparte:

La jurisprudencia, lo mismo que la doctrina, solo constituye en este ordenamiento un medio auxiliar para determinar las reglas de derecho y no comporta *per se* un proceso autónomo de creación. Sin embargo, esta vía de verificación cobra particular relevancia cuando frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica; y aún, su existencia misma.

En efecto, en la determinación de la conciencia de obligatoriedad con la que se acepta una práctica o en la verificación del reconocimiento de un principio por los distintos sistemas jurídicos internos, las decisiones judiciales merecen ser consideradas con especial atención en razón de la reconocida competencia en materia de derecho de los magistrados que integran los Tribunales internacionales.

Y este valor de la jurisprudencia, en tanto que medio auxiliar para determinar las reglas de derecho, cobra toda trascendencia cuando al presente se intenta profundizar en la interpretación del sentido y alcance de normas que integran el Derecho Internacional Humanitario. (Gutiérrez, 2001)

Se procura un ente internacional que actúe en bloque multiestatal como la suma de la ideología de defensa de los DD. HH. Pero al momento de hacer revisión material a casos de investigación y fallos condenatorios, encontramos que es un tribunal dirigido hacia la persecución de conflictos con autoría y responsabilidad de líderes exclusivamente tercermundistas<sup>5</sup>. Y esto es grave pues viene repercutiendo en la decisión del continente africano de retirarse de la CPI. Ciertamente existe un consenso de lucha contra los vejámenes cometidos contra el ser humano sin distinción al lugar de ocurrencia de los hechos, pero más cierto aún es, que esta judicialización varía considerablemente respecto de quién sea el agente que comete la acción.

Si se acude a una revisión de los parámetros que condicionan una investigación para la CPI por CCCPI se hallan tres potestades: (1) de oficio por el fiscal, (2) por solicitud del Estado-parte, y (3) por orden del Consejo de Seguridad de la ONU; la número tres es evidentemente una posición de “gran hermano” de las potencias sobre los demás países. Y a esta opción (3) siguen necesariamente dos preguntas: ¿todos los miembros del Consejo de Seguridad han ratificado la jurisdicción de la CPI? La respuesta es negativa: ni EEUU, ni Rusia ni China, hacen parte de la CPI. ¿Entonces no se puede denunciar a una potencia como EE. UU. por violación a los DD. HH.?

---

<sup>5</sup> Para cualquier ciudadano en el globo, tras los hechos ocurridos en el Medio Oriente se presenta la manifiesta vulneración de DD. HH. por parte de los EE. UU. a países árabes (como es el caso de Afganistán miembro de la CPI), y tras años de denuncias no hay ninguna resolución de acusación proferida.

La respuesta es afirmativa en tanto son dos las consideraciones para investigar y acusar:

(a) Que los crímenes hayan sido cometidos por un Estado-parte.

**(b) En territorio de ese Estado-parte.**

¿Y los resultados en torno a **(b)** son? Ninguno. Tras los hechos ocurridos en el Medio Oriente y la manifiesta vulneración a los DD. HH. por parte de los EE. UU. en territorio árabe (como es el caso de Afganistán miembro de la CPI), años y años de denuncias no han generado siquiera una resolución de acusación.

Estas revisiones al manejo dado por la CPI no solo se quedan en la investigación y acusación, sino que podemos dirigirnos a la aplicación de las condenas y a los esquemas de reparación integral a víctimas. Se puede pensar que esto no es responsabilidad de la CPI pero aquí es importante enfatizar en que toda Justicia aboga su legitimidad en el manejo a las víctimas y al restablecimiento de sus derechos en la mejor medida posible. Sin embargo, pudiendo darse el justificante del poco tiempo de implementación, se sabe que las reparaciones y condenas en los TI *ad hoc* no han sido más que ineficientes.

Finalmente, la reconciliación seguirá siendo un sueño lejano mientras no se indemnice a los supervivientes del genocidio. Como me decía uno de ellos: La reconciliación llega tras la compensación. Sin embargo, el gobierno ha incumplido repetidamente su promesa de crear un fondo de compensación para los supervivientes. En vez de eso, hacía que los tribunales gacacas ordenasen a los criminales pagar las indemnizaciones. El problema es que los supervivientes rara vez recibían esa indemnización, ya que los culpables eran en su mayoría demasiado pobres. (Waldorf, 2014)

Podemos hallar varias conclusiones de la CPI como mecanismo internacional de justicia:

- Los Estados miembros de la CPI reconocen su potestad por considerandos de DI hacia la consecución de un orden mundial justo y protector de los DD. HH.
- Los Estados no miembros reconocen que existe una lucha de ejes de poder por el cual se impone una normatividad a los pequeños, inculcando leyes en común que pretenden convertir al modo *erga omnes* vía *pacta sunt servanda*.
- La cantidad de certeza que proyecta la CPI en sus actuaciones se da teniendo en cuenta la cantidad y calidad de sus fallos en el plano internacional en conflictos bélicos de Estados miembros.
- La seguridad de un fallo persecutor a grandes violadores a DD. HH. representa el evento técnico de perseguir a un culpable sin considerar *a posteriori* las implicaciones de cumplimiento de reparación a víctimas y vuelta al orden social que más les beneficie.
- Entonces la respuesta de la importancia de la CPI se ve reflejada en la aplicación de fallo sustancial más no procesal de reparación.

### **Conclusiones: Del principio de complementariedad y su eventual activación en procesos de JT**

Aunque no existe un criterio que permita determinar cuáles son las características que debe tener una ley que establece una amnistía, existen unos factores que se deben tener en cuenta. El primero apunta a no apartarse de los principios establecidos en el ER, sin ignorar que esa jurisdicción fue creada como un órgano jurisdiccional internacional de supervisión y control que incentiva a las jurisdicciones nacionales para que realicen adecuadamente su



labor de investigación y juzgamiento de los delitos más graves para la comunidad internacional.

El segundo, es que la CPI solo ejercería su jurisdicción sobre los líderes políticos y militares que tienen una mayor responsabilidad en la ejecución de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, siendo responsabilidad del Estado-parte realizar esa labor respecto de los mandos medios.

El tercero, está encaminado a desaprobado la utilización de las amnistías absolutas (como en el caso de Chile y Sierra Leona), toda vez que de acuerdo con las normas del ER, la jurisdicción nacional está en la obligación de iniciar las respectivas investigaciones para que se contribuya con el esclarecimiento de los hechos y la reparación a las víctimas.

El cuarto, indica que por regla general las sentencias emitidas por un tribunal diferente al establecido en el ER, mantendrán los efectos de cosa juzgada, salvo que la CPI demuestre que en ese caso se buscó sustraer de responsabilidad a quienes perpetraron los crímenes y ante la falta de efectiva indagación sobre la ejecución de los hechos.

La CPI es un ente autónomo a la ONU con características inter-Estatales que a la manera de DPI enmarca su origen y funciones en la medida de que es un agente persecutor contra los CCCPI. Y en esta función su actuar es a través del principio de complementariedad en sus Estados Parte.

La ejecución de las normatividades internacional y doméstica se asemeja en que ambas ofrecen una postura teórica democrática de defensa a los DD. HH., pero que en la praxis se aplica a través de la teoría del poder. El DI opera a través de quienes tienen la potestad de ejercer control económico sobre los Estados en vía de desarrollo, y estos últimos mediante la aplicación/interpretación de lo normativo según la prioridad de su interés político.

Desde esta perspectiva, es claro que el nivel de ejecución de sus potestades varía según el sujeto a calificar. Por tal razón evidenciamos que la CPI ha tenido una trayectoria en países africanos y que su grado de priorización adelanta la persecución hacia los intereses de las potencias. Así y en esta ejecución se ofrece (por el momento), guías para el deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI.

### Capítulo tercero. La legalidad histórica en casos representativos

La idea del presente capítulo es tomar un período de tiempo, de acuerdo a lo desarrollado por el profesor Daza González, exponiendo un caso representativo de vulneración a los DD. HH., a fin de descubrir los cuestionamientos jurídicos realizados al momento de su ejecución y las posibilidades que ofrece la crítica al PL. Hacia esto se propende con este importante paso a seguir en esta investigación que tiene como último evento el “AF entre FARC y el Estado Colombiano”. Por ende, y para el efecto, se dividirán los cuestionamientos a partir del fenómeno de (i) firma de una declaración (ONU-OEA), (ii) entrada en vigencia de un TI específico, e (iii) inclusión en la normatividad interna mediante bloque de constitucionalidad e interpretación jurisprudencial.

#### 3.1 Primer período (1948-1976)

Entre la DUDH (1948) hasta la entrada en vigor por parte del Estado colombiano del PIDCP de fecha 1976.

##### 3.1.1 Normas en consideración

###### *(i) Internacionales.*

En abril de 1948 nuestro país se adhiere a la DADDH de la OEA y el 10 de diciembre del mismo año se firma la Resolución 217A (III), por la cual se aprueba la DUDH. Estas resultarían siendo las normatividades internacionales vigentes para la fecha respecto al caso colombiano que se pretende analizar (origen de las FARC) y que pueden ser vistas a la manera de principios del DI:

- DUDH.

1. Dignidad humana; 2. no discriminación; 3. vida, libertad y seguridad; 5. prohibición de la tortura; 6. personalidad jurídica; 7. igualdad; 10. acceso a la Justicia; 11.

debido proceso. 12. respeto al domicilio y la intimidad; 13. libre circulación por el territorio; 17. propiedad privada; 19. libertad de opinión; 20. libertad de asociación pacífica; 21. derechos cívicos.

- *DADDH*

I. Vida, libertad e integridad; II.- igualdad y no discriminación; IV. libertad de opinión y expresión; VIII.- residencia y tránsito; XVII. derechos civiles; XXI. libertad de reunión pacífica y pública; XXII. libertad de asociación; XXIII. propiedad privada; XXVI. presunción de inocencia y debido proceso.

- *Convenios de Ginebra*

Especial mención se debe hacer aquí a la implementación del DIH dentro del territorio colombiano como medida imperativa para proveer la salvaguarda de los DD. HH. de aquellos sujetos no beligerantes dentro de un conflicto<sup>6</sup>.

### Artículo 3. Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con

---

<sup>6</sup> Estos convenios fueron redactados para el año de 1949 pero solo entró en vigor el art. 3 (conflictos no internacionales), común a los cuatro convenios en Colombia hasta el 8 de mayo de 1962.

humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. (CICR, 2010, p. 3-4)

Se hace esta mención porque, en palabras de la Cruz Roja Colombiana se expone lo siguiente:

ENTREVISTADOR: En el caso colombiano, ¿el gobierno y los grupos al margen de la ley, conocen los convenios y protocolos que derivan a la protección del DIH?

CRUZ ROJA COLOMBIANA: Por supuesto, el Gobierno es el que firma estos convenios. Una de las grandes diferencias entre los DD. HH. y el DIH, es que el primero es de obligatorio cumplimiento para los Estados, mientras que el DIH debe ser firmado por estos. (Cruz Roja Colombiana, 2014)

### *(ii) Nacionales*

En DPN y CN regían las siguientes disposiciones:

- *CN de 1886*

En materia de derechos civiles y garantías sociales, las autoridades de la República de Colombia están instituidas para proteger honra, vida y bienes, asegurar respeto recíproco de derechos naturales y castigando delitos, nadie

podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de autoridad competente.

(UNILIBRE, s.f.)

Sobre el PL, la CN del 86 estipulaba en sus artículos:

Artículo 23. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.

Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (República de Colombia, 1886)

De igual manera, en hechos violatorios al DI se encontraba el AL N° 3 de 1910 dedicado a la protección del derecho a la vida: “En derechos civiles, garantizando la inviolabilidad de la vida, se prohíbe la pena capital en todos los casos” (República de Colombia, 1886). “AL N.º 3º. El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso”. (República de Colombia, 1910)

- *El CP de 1936 (Ley 95 de 1936)*

- PL:

Artículo 1º. Nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella.

Artículo 3. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (República de Colombia, 1936)

- Delitos contra la vida:

Artículo 364. El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se comete:

2° Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos;

5° Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento. (República de Colombia, 1936)

### 3.1.2 Caso

Este primer período (1948-1976) es conocido por dos fenómenos con apelativos dados por los historiadores colombianos: “La Violencia” (1948-1958) y el “Frente Nacional” (1958-1974). No es necesario ni tarea de la presente investigación profundizar sobre sus características; lo que sí se hará, es describir someramente lo que estaba pasando en la lucha bipartidista —Estado *versus* campesinos comunistas (el comunismo debía ser erradicado por imposición de los EE. UU.)—, de allí que se instaurara el llamado Plan Lazo (*Latín American Security Operation*)<sup>7</sup> contra las milicias rurales, a través de un cerco militar en la zona del centro del país, lo cual conllevó a un clima favorable para el origen de las fuerzas armadas guerrilleras FARC, ELN y EPL.

---

<sup>7</sup> Llamado en Colombia Plan Lazo por “*enlazamiento*”

Es en el centro de estos dos fenómenos históricos que hay que ubicarse para analizar cómo operaba el DI en materia de violaciones a los DD. HH. y las vicisitudes en torno al problema tratado de legalidad.

### **Nacimiento de las Farc: De El Davis a Villarrica (Extracto)**

El coronel Cuéllar Velandia, cinco días después de ser nombrado jefe civil y militar del Tolima, en marzo de 1955, denunció la agitación comunista en Ortega y Villarrica y dio comienzo a una drástica limpieza... a fin de poner coto a la depredación. Poco después, el oriente del Tolima fue declarado zona de operaciones militares: se decretó el toque de queda, se levantó un empadronamiento general y se construyó un campo de concentración en Cunday.

Hubo redadas generales a mediados de abril en las que fueron trasladadas a centros de trabajo unas 4.000 personas y 250 presos fueron remitidos al campo de concentración... Paralelamente, el Gobierno emitió un decreto que limitaba la libertad de prensa e impedía entregar información relacionada con actos ilegales o deshonorosos de las FF. AA., bajo pena de cárcel...

El embajador de EE. UU., en un informe al Departamento de Estado escribió que el análisis de la Brigada de Orden Público del Tolima ha llegado a la conclusión de que todos los habitantes del área rural son bandidos en potencia. Pero el análisis falla en presentar evidencia satisfactoria de infiltración e inspiración comunistas en la acción guerrillera.

La embajada norteamericana informó a su gobierno que entre el 7 y el 10 de junio Villarrica había sido destruida por el bombardeo aéreo y por el incendio causado por las bombas napalm. La Fuerza Aérea nos informó privadamente



que la FAC arrojó aproximadamente 50 bombas napalm fabricadas aquí (en Colombia), lo que permitió la captura de la Colonia, que había sido zona de colonización desde los años 40 y que el Ejército consideraba la sede del movimiento comunista. Felipe Salazar Santos, jefe liberal del Tolima, escribiría más tarde: Fue una ocupación militar y política de ‘tierra arrasada’... contra todo lo sospechoso de comunista. Según Navas Pardo, la ofensiva rompió la organización comunista en el oriente del Tolima. (Molano, 2014)

¿Qué decía la CN y la Ley al respecto del derecho a la libertad de conciencia?

Artículo 19. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

Artículo 30. No habrá pena de muerte por delitos políticos. La ley los definirá. (República de Colombia, 1886)

AL N° 6, 1954

Artículo 1°. Queda prohibida la actividad política del comunismo internacional. La ley reglamentará la manera de hacer efectiva esta prohibición. (República de Colombia, 1954)

### 3.1.3. Análisis

Los hechos mencionados podrían llegar a constituir lo que se conoce como **genocidio** en su faceta de **politicidio**, pero para 1946 la persecución por fines políticos no se consideraba dentro de esta definición. ¿La razón? El gobierno de Stalin no aceptaba esta

categoría, en tanto anexaba países bálticos a su régimen vía ocupación militar (ONU, 1948). Esto, claro, fue considerado teóricamente de otra manera argumentando que la condición de filiación política es algo temporal y no definitivo, como la raza o la religión:

Su principal argumento estaba basado en que los grupos políticos carecen de la permanencia y características específicas que poseen los otros grupos. Lemkin insistía en que no se podía poner en riesgo el éxito de la CI introduciendo ideas en las cuales el mundo se encuentra totalmente dividido. También, él argumentaba que la historia ha demostrado que los grupos raciales, nacionales y religiosos son los que encierran el mayor número de víctimas, por lo que su postura restaba importancia a dicha inclusión. (Omar Díaz & Víctor Cáceres, 2014, p. 243)

Así, en 1948 (con entrada en vigencia para el 12 de enero de 1951 y aprobada en Colombia mediante la Ley 28 de 1959), se dieron ciertos elementos como acciones que configuran este crimen:

En la CI de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se define como cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- Matanza de miembros del grupo
- Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo
- Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial

- Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
- Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo (ONU, 1948)

Por lo anterior, es práctico hacer una delimitación de los hechos a discriminar como conductas violatorias de derechos a un grupo específico de personas:

- Declaración de ilegalidad de una ideología política sin fundamento legítimo.
- Presunción de culpabilidad de una población por territorio.
- Falta al **debido proceso** por ausencia de derecho a la defensa.
- Uso de la vía armada desproporcionada.
- Objetivo de extinguir la vida de toda una población (no se busca privación de la libertad sino pena capital).

Lo necesario a reconocer aquí es:

1. Que las guerrillas comunistas/liberales afrontaban su desaparición tras la promulgación de una ideología antisocialista impuesta por los EE. UU.
2. Que el conflicto fue heredado como mecanismo de autodefensa de los liberales frente a los conservadores (*La Violencia*); y anterior a este, entre campesinos y terratenientes por la posesión de tierras; y anterior a este, entre indígenas (Quintín Lame) contra terratenientes, por su reconocimiento como sujetos de derechos.
3. Que lo denominado como “Repúblicas independientes” fue un apelativo español sin equivalencia al contexto colombiano. Y representó estigmatizar a unas “zonas de ocupación campesina” como “zonas de guerra” sin hacer una mínima discriminación con la población civil.

Ya expuestas las condiciones históricas es claro que no se trataba de un Estado que se defendía contra un enemigo interno, sino ante uno que desconoció abiertamente las libertades

de opinión, el derecho a la propiedad y al debido proceso; que falló a sus propuestas de reivindicación social y a una reforma agraria justa en zonas que consideró enemigas del orden constitucional por imposición norteamericana tras el traslado de la Guerra Fría del territorio europeo a suelo americano.

Siguiendo estos hechos, cabe preguntarse: ¿habría alguna posibilidad real de interferencia de las ONU como agente persecutor a la violación de los DD. HH. en el contexto histórico del momento? La CPI tiene origen en 1998 con el ER, pero su aprobación se da en Colombia solo hasta 2002. En ella se estipula la persecución de graves conductas contra los DD. HH. en el ámbito internacional, lo cual significa que no basta con la determinación de la transgresión, también es necesario el mecanismo por el cual sean perseguibles y enjuiciables los culpables (Embajada de Los Países Bajos, 2012). Asimismo, ocurre con la entrada en vigor de la CIDH y la CorteIDH como entes reguladores en materia de protección a los DD. HH. por jurisdicción continental.

#### Reconocimiento de competencia:

El 21 de junio de 1985 presentó un instrumento de aceptación por el cual se reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de DD. HH. por tiempo indefinido, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la CI, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. El mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de DD. HH. por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la CI, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. (OEA, 1969)

Para el período estudiado es necesario advertir que los primeros TI que sobrevinieron a la ONU terminaron adquiriendo un protagonismo muy controversial en materia de jurisdicción territorial y temporal por la dificultad que conllevó el PL rígido. Ahora bien, sí se continua con los hechos mencionados por Alfredo Molano Bravo (2014) se observa que campos de concentración, asesinatos a gran escala para eliminar a una población específica, incluyendo el uso desmedido de la fuerza, se presentaron en nuestro país a la manera de los delitos a castigarse en Núremberg o Tokio.

La realidad es que no hubo mayor crítica a estos hechos, a razón de que los acusadores (los aliados), tenían como legitimidad un conflicto trasnacional/internacional, posición contraria al conflicto colombiano, visto como un asunto interno, sin considerarse dignos de cuestionamientos en **derecho de guerra**. Esto es evidenciable en estudios de investigadores como Rafael Nieto Navia<sup>8</sup>, de quien se transcribe el *abstract* de su artículo de 2008: *¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?*

Este artículo busca demostrar que, no obstante que el Gobierno piense otra cosa, en Colombia existe un conflicto armado interno. De esa consideración no se pueden derivar consecuencias tales como que se trate de grupos armados beligerantes con subjetividad internacional. Esos grupos son, además, terroristas y, como no reúnen las condiciones que el Derecho Internacional exige, no pueden ser reconocidos como sujetos. (Rafael Nieto Navia, 2008, p. 1)

---

<sup>8</sup> Juez del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1967-2003), presidente del Tribunal Arbitral de Límites entre Argentina y Chile (1991-1995), juez (1982-1984) y presidente (1987-1989 y 1993-1994) de la Corte Interamericana de DD. HH., profesor distinguido de *Derecho Internacional* Público en la Universidad Javeriana de Bogotá (1962-1995), miembro del Grupo Nacional Colombiano de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya desde 1988.

Existiendo ya una DUDH, una DADDH (ambas de 1948)<sup>9</sup> y un “artículo 3 común a los Convenios de Ginebra”, se puede deducir que el asunto radicaba entonces en la “filiación política” de los grupos beligerantes que serían reducidos a etiqueta de terrorista sin reconocimiento de un conflicto armado interno de carácter político. Así, al ser vistos de esta manera, se podía dar pie a cualquier tipo de maniobra militar para su aniquilamiento sin la presunta jurisdicción del DIH.

Lo anterior era posible gracias a herramientas legales y de opinión pública entre las que se destaca el rechazar cualquier razón legítima de reclamación ni derecho político, como ocurrió al reformar la CN de 1886 con el AL N.º 6 de 1954, impidiendo la propaganda comunista en el territorio nacional. Esta es entonces, la problemática que generó la capacidad de disminuir al bando enemigo y el uso de la fuerza desmedida en bloque, auspiciada por los EE. UU.<sup>10</sup>, sin llegar a generar controversia legal significativa para el momento de los hechos.

Para finalizar este período es necesario ofrecer una respuesta a la pregunta: ¿era posible una revisión internacional en estas circunstancias? Ciertamente es que el Gobierno reconocía a liberales y comunistas como ciudadanos descontentos con el trato recibido por la administración pública, pero esto no les convertía en objeto de aniquilamiento general. Asimismo, si se sigue la lógica del DI como *erga omnes* para cualquier delito de lesa humanidad, operaría la imprescriptibilidad de la acción penal y podría darse su investigación, judicialización y condena con base en lo que la norma internacional dispusiese para el

---

<sup>9</sup> La CI Americana sobre DD. HH. de 1969 fue ratificada por Colombia hasta 1973 y con aceptación de competencias de la CIDH en 1985; razón por la que no fue tenida en cuenta en este período de análisis.

<sup>10</sup> Léase el especial para El Espectador: Molano Bravo. (2014). “*Asalto a Marquetalia*”. Publicado en sección Nacional. 14 de junio de 2014. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/asalto-marquetalia-articulo-498380>

momento de su ejecución, pero esta operatividad tras largos períodos de impunidad no produciría nada más que un efecto de memoria histórica. En palabras de Daza González:

En todo caso, pretender que a estas alturas de la vida se investiguen tales conductas es tanto una utopía como un imposible, pero es importante desnudar estas tensiones, llamarle la atención al Estado y decirle que ha incumplido con sus obligaciones internacionales. (Daza, 2016, p. 216)

Concluyendo: (1) Si el propio Estado desconoce a unos individuos como sujetos de derechos excluyendo a consecuencia sus libertades de opinión y derechos al debido proceso y a la vida, y, (2) sí todo análisis y enjuiciamiento internacional deviene problemático tras apenas implementarse unos principios a través de Cortes sin refrendación local y TI bastante afectados por controversias técnico-jurídicas, es necesario entrar a concluir que no habría espacio para descripciones normativas garantistas de un PL flexible para la época, más allá de la imprescriptibilidad, que no viene al caso. Precisamente, el siguiente período a analizar ofrecerá estas herramientas.

### **3.2 Segundo período (1976-2000)**

Tras la refrendación por parte del Estado colombiano del PIDCP el 23 de marzo de 1976 hasta la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000, que adicionó al CP de 1980 los *CCCPI* y 599 de 2000 –24 de julio de 2001– (CP).

#### **3.2.1. El caso**

Para este segundo período, es necesario iniciar con los hechos a describir, en tanto la normatividad empieza a complejizarse y aumenta en medida al desarrollo de la implementación de TI en el orden interno, especialmente los que hacen relación con la jurisdicción de la CIDH y la CorteIDH. Este segundo caso considera la queja de las víctimas

ante un delito internacional (genocidio político) que entra en discusión por condicionamiento de aplicación. En palabras del entonces presidente Juan Manuel Santos:

Quiero hoy expresar en este acto público, como presidente de la República y como Jefe de Estado, que el exterminio y desaparición de la Unión Patriótica jamás debió haber ocurrido; y reconocer que el Estado no tomó medidas suficientes para impedir y prevenir los asesinatos, los atentados y las demás violaciones, a pesar de la evidencia palmaria de que esa persecución estaba en marcha. (Verdad Abierta, 2016)

Los hechos son tomados de la narración de Alirio Urrego Mesa, historiador de la Universidad de Antioquia y decano de la Facultad de Educación de la Universidad del Tolima.

El gobierno, de acuerdo con lo establecido por la Constitución y las leyes, otorgará a la UP y a sus dirigentes las garantías y seguridades indispensables para que puedan desarrollar, en forma idéntica a las demás agrupaciones políticas, su acción tanto proselitista como electoral. El gobierno hará recaer el peso de la ley sobre el ciudadano o la autoridad que conculque sus derechos a [sic] niegue, eluda o desconozca las garantías que les corresponde. También otorgará el Gobierno a las Farc las garantías y libertades que requieren para el proceso de incorporación de sus directivos a la vida política (AF firmado entre el gobierno de Belisario Betancourt y las Farc, enero de 1986).

Pero ante el crecimiento de esta alternativa política los sectores más recalcitrantes de la oligarquía colombiana adoptaron la estrategia del genocidio de los dirigentes, militantes y simpatizantes de la U. P. que dio como resultado el homicidio de dos candidatos a la Presidencia de la República, Jaime Pardo Leal y Bernardo Jaramillo, 7 congresistas, 13



diputados, 11 alcaldes, 70 concejales, un sinnúmero de dirigentes militantes de base que podrían pasar de 3.000 personas. El mayor sacrificio lo ha sufrido el Partido Comunista Colombiano a quien le han asesinado la mayoría de su militancia en la apuesta por la UP.

Ante la impunidad del Estado colombiano, la UP y el PCC deciden el 16 de diciembre de 1993, por intermedio de la Corporación Reiniciar y la Comisión Colombiana de Juristas, demandar al Estado colombiano por el genocidio contra la UP ante la Comisión Interamericana de DD. HH. Esa demanda es aceptada por dicha institución en 1997 y da comienzo a un proceso llamado Solución Amistosa que consiste no en una negociación donde es necesario ceder principios, sino simplemente que el Estado acepte su responsabilidad, se adopten las medidas para garantizar el derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral a los familiares de las víctimas, sancionando penalmente a los responsables de tales asesinatos y masacres y la reparación política al Grupo, de tal manera que la UP pueda reincorporarse con plenas garantías al espectro político democrático del país. (Urrego Mesa, 2004)

### **3.2.2 Normas en consideración**

#### ***(i) Internacionales***

##### **▪ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966)**

(-) Respecto a la no distinción de derechos por opinión política:

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto,

sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (ONU, 1966)

(-) Derechos a la vida y a la libre opinión:

Artículo 6.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la CI para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

(ONU, 1966)

- *CI Americana sobre DD. HH. (OEA, 1969)*

Si bien se parte desde 1976 con el PIDCP, el análisis deberá retrotraerse formalmente un par de años para implementar al mismo la CADH<sup>11</sup>, firmada en 1973 pero con aplicación quince años después.

(-) Respecto a no distinción de derechos por opinión política:

Artículo 1°. Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta CI se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.  
(OEA, 1969)

(-) Derechos vulnerados con el Genocidio:

Artículo 4. Derecho a la Vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

---

<sup>11</sup> Pacto de San José del 22 de noviembre de 1969 ratificado por Colombia el 28 de mayo de 1973 con admisión de las competencias de la CIDH y la CorteIDH el 21 de junio de 1985.

Artículo 16. Libertad de Asociación. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

Artículo 23. Derechos Políticos. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

(-) Respecto a las garantías judiciales de acudir a la JO y a la CADH.

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente CI, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

(-) De competencia de la CIDH y de la CorteIDH.

Artículo 41. La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los DD. HH., y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta CI, y...

Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta CI por un Estado parte.

Artículo 61.2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50. (OEA, 1969)

(-) Del fallo ajustado al PL.

Artículo 9. PL y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 47. La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 cuando:

b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta CI. (OEA, 1969)

▪ *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. (CICR, 1977)*

Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional redactado en 1977 y aprobado por Colombia en febrero de 1996. El genocidio de la UP tiene como preponderancia la condición de ser un accionar vinculado al actuar de grupos paramilitares a expensas y con protección del Ejército.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación personal*

El presente protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante distinción de carácter desfavorable), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1. (Cruz Roja Colombiana, 2010, p. 10)

Artículo 13. *Protección de la población civil*

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

(Cruz Roja Colombiana, 2010, p. 28)

*(ii) Nacionales*

▪ *Constitución Política de Colombia de 1991*

Si bien se parte de 1976, no es menester repetir lo dispuesto por la Carta de 1886. Al contrario, se hará una enunciación de los aportes que ofrece la promulgación de la CN de 1991, entre los cuales se destaca la aplicación de los TI como norma interna de igual carácter a la constitucional. Se mencionan los CCCPI aun cuando formalmente no haya sido firmado ningún TI al respecto, existiendo la CI contra el genocidio:

(-) De la obligación del Estado de proteger a sus nacionales:

Artículo 2. 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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y

adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (República de Colombia, 1991)

(-) De la obligatoriedad de los TI:

Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los DD. HH. y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre DD. HH. ratificados por Colombia<sup>12</sup>. (República de Colombia, 1991)

(-) Derechos a la vida, al debido proceso y derechos políticos:

Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable.

Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

---

<sup>12</sup> Los incisos 3 y 4 fueron agregados por el AL N.º 001 de 2001. Por ende, no serán analizados en este período.



En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

(República de Colombia, 1991)

- *CP 1980, (MINISTRO DE JUSTICIA, 23 de enero, 1980).*

El CP a tener en cuenta en este período es el Decreto-Ley 100 de 1980 de enero 23 con vigencia a partir del 20 de febrero del mismo año. Este Código fue afectado por reformas que generan la introducción de los CCCPI a partir del año 2000, situación que será tenida en cuenta para el próximo período a analizar, que incluye jurisprudencia referenciada a sus normas estipuladas. Por el momento, se resalta respecto al caso de análisis la agravación para delitos por condicionamientos políticos, situación que deja atrás la problemática prohibitiva (siquiera formalmente) contra la libre opinión política, muy especialmente en pro de un acercamiento de paz para la fecha entre FARC y el Gobierno, mediante la creación de la UP.

(-) El PL como elemento inamovible:

Artículo 1°. Legalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. (Congreso de Colombia, 1980)

(-) Del derecho a la vida y el agravante político:

Artículo 323. Homicidio. El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años.

Artículo 324. Circunstancias de agravación punitiva. La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere:

8. Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiere sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública, profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la nación o acreditado ante ella, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, o en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas; o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Artículo 268-A. Desaparición Forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de... A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Artículo 268-B. Circunstancias de Agravación Punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de cuarenta (40) a sesenta (60) años en los siguientes casos:

4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de DD. HH., candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia. [Subrayado fuera de texto].  
(Congreso de Colombia, 1980)

### 3.2.3 Análisis

Tratándose del tema de los TI complementarios a la legislación nacional, se iniciará directamente en 1985 con la incorporación de la competencia de las CIDH y la CorteIDH al orden interno. Ya la propia “*CI para la prevención y la sanción del delito de Genocidio*” (CICR, 1948), aprobada en Colombia para 1959, contenía distintos elementos que no incluían *lo político* como esencial de la conducta a tipificar. Aquí es donde empieza el debate, no solo acerca de la referencia a un delito internacional, sino a la complementariedad dada del mismo en el ámbito interno y su correspondencia con los TI que aún no contienen esta disposición.

El punto álgido del tema inclina la balanza hacia los doctrinantes de la CIDH versus las disposiciones nacionales. El PL permanecerá incólume, como se manifiesta en el artículo 1º del CP vigente, y esto es así con base en la lógica normativa de que los CCCPI vienen a introducirse formalmente solo a partir de la reforma del año 2000 del CP. Lo que sí se daría es el análisis de la imprescriptibilidad de la acción penal por lesa humanidad. Siendo este un

estudio histórico a través de casos, es entonces posible retrotraerse para ver cómo iba el asunto para el período en mención:

En 1968, en el seno de la Organización de Naciones Unidas (ONU), se forja un nuevo instrumento internacional de protección de DD. HH., así como una nueva obligación estatal: la CI sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. De acuerdo con este tratado, son imprescriptibles todas aquellas acciones que conlleven la comisión de: b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la CI de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos, sin importar el tiempo en que se cometa esta. (Huertas, 2013, p. 24)

El punto es que dicha labor fue dejada de nuevo en manos de la Corte, en período posterior al analizado (Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002), pero desde ya es menester dejar en claro que esta CI no ha sido aprobada por Colombia:

Es importante señalar que si bien esta CI, adoptada por la Asamblea General en la Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, no ha entrado en vigor para Colombia, en la medida que no ha sido reconocida a través de una ley de la República. (Daza, 2016, p. 35)

Los hechos son los siguientes:

- a) Se presenta un crimen sistemático (asesinatos + desapariciones + amenazas), con el fin de erradicar a un grupo específico de una población en virtud a su opinión política.
- b) Existe la CI de la ONU contra el genocidio que condiciona varios elementos dentro de la tipicidad negando especialmente la persecución por fines políticos.
- c) El Estado colombiano advierte la competencia de la CIDH y la CorteIDH para el año de 1985 como órganos internacionales con funciones de recibir casos de este tipo.
- d) El 16 de diciembre de 1993 las organizaciones Corporación REINICIAR, Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” presentan denuncia a la CIDH por el genocidio de la UP.

Posterior a esto, se identifica que:

- a. El 12 de marzo de 1997, la CIDH declaró admisible el caso sobre la presunta persecución y exterminio de los militantes de la UP mediante la adopción del Informe N.º 05/97 (caso 11 227 José Bernardo Díaz y otros, “Unión Patriótica”).
- b. En la fecha de los asesinatos, no estaban introducidos taxativamente en el CP los CCCPI, pero sí se darán condenas de entre 40 a 60 años por muerte y desaparición con fines políticos.
- c. Se debe analizar especialmente este fallo de admisibilidad para reflexionar cómo fue el análisis de los magistrados que, posteriormente, daría pie a la sentencia de la CorteIDH en el caso Manuel Cepeda vs. Colombia del año

2010. Por el momento nos atendremos únicamente a las directrices de la CIDH.

La decisión se da por razones de argumentación jurídica, así:

1. Los peticionarios elevan denuncia por genocidio político (diciembre 9 de 1993), aportando pruebas sobre hechos contra la UP que constituyen características de un genocidio ocurridas entre los años 1985 y 1993.

2. La definición internacional no contempla estas características, pues devienen en un considerando político.

3. Los magistrados exponen esta falencia, razón por la cual determinan fallar sin contemplar la definición internacional de genocidio.

4. Los accionantes presentan mayores considerandos respecto a los hechos ocurridos incluso hasta 1996, entre los que destacan sentencias de la CSJ sobre las muertes y un informe de la Defensoría del Pueblo que señala: (i) muerte de dirigentes elegidos popularmente, y (ii) mayor número de asesinatos en regiones con ventaja electoral de la UP. Adicional a esto, la falta de persecución a estas actividades considerando la avenencia del Estado hacia la impunidad de los hechos.

5. Por su parte, el Estado declara la no conexidad de las muertes denunciadas y la falta de agotamiento interno de las vías judiciales.

6. Al respecto la CIDH considera:

54. Lo que es aún más importante, la petición y otros escritos presentados por los peticionarios contienen información importante sobre la ineficacia general de los recursos internos cuando se trata de encarar delitos perpetrados contra la Unión Patriótica. Esta información es de suma importancia para orientar la decisión de la Comisión en lo que se refiere al agotamiento de los recursos de

jurisdicción interna, sin referencia a los intentos individuales de agotarlos. Por lo tanto, se ha cumplido con los requisitos formales de admisibilidad y la Comisión concluye que el Gobierno no fue colocado en una situación de desventaja procesal al argumentarse la cuestión del agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. (CIDH, 1997)

7. El Estado expone que existe el CP que reglamenta con medidas agravantes a homicidios cometidos contra líderes políticos y candidatos en elecciones.

8. Los peticionarios aseveran que no existen recursos adecuados de jurisdicción interna porque en la legislación colombiana no se establece el delito de genocidio.

9. Frente a la ineficacia del accionar del Estado sobre los hechos, la CIDH opina:

61. La Corte ha manifestado con claridad que el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia... de recursos internos eficaces. No obstante, surge también de la jurisprudencia de la Corte que, cuando un gobierno se ve enfrentado a la alegación de que se han producido numerosas violaciones y hay indicaciones contundentes de que dichas violaciones caen dentro de una pauta de persecución política, puede inferirse que el recurso doméstico es ineficaz si no se ha tenido un porcentaje mínimo de éxito. El hecho de que el Gobierno de Colombia no haya podido culminar con éxito los procedimientos penales de casos relacionados con la Unión Patriótica indica la ineficacia del recurso disponible en el sistema judicial penal del país. (CIDH, 1997)

10. El Estado reclama la existencia de considerandos previos sobre las muertes de la UP y condiciona entonces dicho informe como cosa juzgada a lo dispuesto previamente. La

CIDH expone que citar unos hechos individualizados en un informe no equivale a fallar una decisión sobre un caso. Circunstancia por la cual desecha tal alegato de defensa.

Por todo lo anterior, la CIDH, utilizando un evidente eufemismo legal (pero acorde a sus disposiciones reglamentarias), el 12 de marzo de 1997, admite el caso aceptando los argumentos de los peticionarios, no como genocidio sino como persecución política y violación de la carta americana de DD. HH. En consecuencia, recomiendan una solución amistosa.

#### 11. Otras fechas importantes:

12 de marzo de 1999 (presidencia Pastrana). El gobierno y los peticionarios constituyen una comisión mixta para definir la metodología de trabajo para el esclarecimiento de los hechos. Acuerdan la justicia, verdad y la reparación para las víctimas.

24 de marzo de 2000. Primer y único acuerdo de las partes. Deciden crear un Grupo de Trabajo (peticionarios, Gobierno, Fiscalía y Procuraduría) para continuar las labores de prevención de las violaciones a los DD. HH. a los miembros y sobrevivientes de la UP. Se acuerda hacer informes periódicos de los avances para la CIDH. El Estado se compromete a conseguir recursos.

1 de junio del 2000. Se produce el Decreto 975. Se crea el Programa Especial de Protección.

5 de septiembre del 2001. Se instala el grupo de trabajo y se crean subgrupos. La Fiscalía se compromete a avanzar en el caso.

Octubre del 2002. (Gobierno Uribe). El grupo de trabajo presenta el primer informe a la Comisión. (Diario El Tiempo, 2005)



## El PL

Revisando las vicisitudes a ser examinadas, puede encontrarse este principio en su característica rígida en todo el caso:

-El PL continúa estipulado como un derecho fundamental en la CN (art. 29), el CP (art. 1) y en los TI (CADH art. 9).

-Este principio decreta que no se puede juzgar por conductas ilícitas no estipuladas previamente.

-La CN reconoce la vinculación de los TI en materia de DD. HH. dentro de la legislación interna, luego del proceso de firma y ratificación por ley.

-La CIDH y la CorteIDH entran en pleno vigor en el orden interno hasta el año 1985.

-Los CCCPI son reconocidos en Colombia solo hasta su introducción en el ordenamiento interno (CP con su reforma del año 2000: Ley 589). Para la fecha, no existiría tipicidad sobre genocidio.

-Al mismo tiempo, la CIDH condiciona su análisis de admisibilidad de la denuncia por genocidio político a lo previamente estipulado por la “CI para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”.

-Negada esta procedencia, los análisis en torno al caso de la UP se darán como persecución política y violación a la carta americana de DD. HH. Los delitos estipulados:

De ser así, se determinará que hubo violaciones individuales en el caso de las víctimas mencionadas en la lista, lo cual constituiría la conculcación de los siguientes derechos consagrados en la CI: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), el derecho a la vida (art. 4), el derecho a la integridad personal (art. 5), el derecho a la libertad personal (art. 7), el

derecho a la libertad de asociación (art. 16), los derechos políticos (art. 23), el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (art. 8 y 25). Por lo tanto, la petición es admisible de conformidad con el artículo 47(b) de la CI, con fundamento en que los peticionarios han expuesto hechos que caractericen una violación múltiple de la CI. (CIDH, 1997)

Conclusión: No hay conflicto alguno entre el PL rígido y las acciones a considerar como enjuiciables. Por lo menos, no en cabeza de la CIDH. Esta se mantiene (i) a lo estrictamente determinado por la ONU y el Estado Colombiano acata, (ii) el fallo de la CIDH a partir de sus determinaciones de violación a los derechos previamente estipulados por la CADH. De igual manera, estos no entran en contradicción con el CP.

### **3.3 Tercer período (2000 en adelante)**

Se llega al tercer período (de 2000 hasta ahora), pasando por dos previos que ofrecen la perspectiva de evolución de los DD. HH. en el orden interno. En el primer período, la enunciación de derechos tras la debacle de la Segunda Guerra Mundial que sirven como fundamento teórico del DI a modo de conciencia histórica. Un segundo período, con la introducción en pleno de los TI por bloque de constitucionalidad, pero sin mayor controversia sobre el PL ni sobre posibles disposiciones de retroactividad, imprescriptibilidad y flexibilidad, para ser controvertidas con algo de aplicabilidad práctica.

Al contrario de los anteriores, en este período se encuentra la introducción de la legislación internacional con notables potestades de carácter penal, énfasis en el carácter taxativo de los CCCPI en el CP con implementación directa y análisis jurisprudencial, circunstancias que afectan al PL rígido. Esto, en tanto el nuevo CP contiene ya entre sus disposiciones una implementación definitiva del DIH incluso. Para exponer esta situación es

necesario describir de una manera conjunta las normas que ingresaron, y el caso escogido como fuente integrada al contexto para el análisis:

### 3.3.1. Normas en consideración

#### (i) *Internacionales.*

- *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ONU, 1998).*

Firmado el 17 de julio de 1998 y aprobado por el Decreto 2764 del 30 de noviembre de 2002. Vale la pena aclarar que, para esta ratificación, Colombia se acogió a la cláusula opcional de salvaguarda dispuesta en el artículo 124 que aplazaba 7 años para otorgar competencia de la CPI en seguimiento y judicialización de crímenes de guerra. Esto es, adquiriendo competencia a partir de 2009.

Artículo 124. Disposición de transición.

No obstante, lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123. (CPI, 2002, p. 65)

Esto será considerado controversial para el conflicto armado, pues se permitiría únicamente el enjuiciamiento de casos no perseguidos en la jurisdicción local a partir de 2009, que por interpelación a la lesa humanidad podrían llegar hasta 2002. Se puede

atestiguar de nuevo la existencia de este choque entre jurisprudencia/doctrina versus legislación local, aun cuando la CPI actúe como un estatuto internacional clasificador/ordenador que interviene como un procedimiento penal para lo ya existente en convenciones previamente adoptadas para crímenes graves contra los DD. HH.

Por su parte, la CPI, siguiendo estos lineamientos, reclama la imprescriptibilidad de este tipo de delitos: “Artículo 29: Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. (CPI, 2002, p. 18)

Esto se propone siguiendo lo expuesto en la CI sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, artículo 1.

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra... según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la CI de 1948 para la

Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos. (ONU, 1968)

Como se puede advertir, las definiciones son aquellas dadas desde el primer período, lo que el profesor Daza González registra como “Principios Fundamentales del Derecho Internacional” y que corresponden con el carácter obligatorio de recriminación penal desde este reconocimiento como vulneraciones a los derechos inherentes a la persona. La Corte lo deja en evidencia en lo que respecta a la aplicación del DIH:

La integración de dichas normas a nivel interno se enmarcan en primera medida, en el artículo 214, numeral 2, de la Constitución Política, ya que dispone que... En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario; lo cual genera que hagan parte del corpus normativo de los DD. HH., puesto que ante todo buscan proteger la dignidad humana, lo cual implica que sean normas de IC que contienen normas de carácter *erga omnes*; aun así, la Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el ordenamiento interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez; de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra, que sea de aquellos cuya limitación se prohíba en los Estados de Excepción. (Corte Constitucional, 1993)

Entonces, aparentemente no habría problema con la imprescriptibilidad, toda vez que si nos adscribimos a un TI y este otorga un fenómeno hacia adelante procurará poner en la onda internacional la defensa de los derechos inalienables a la dignidad e integridad humana. Pero eso va adicionado a un fenómeno más complejo: el PL en su afectación a la irretroactividad: “Artículo 24. Irretroactividad *ratione personae* 1. Nadie será penalmente

responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”. (CPI, 2002, p. 16)

Se aprecia aquí que la gran contribución de la CPI es la aplicación de la ley a actores por conductas transgresoras al DPI de índole individual, sin restar la responsabilidad (si la hubiese) del Estado. Así lo estipula su artículo 25.

#### Artículo 25. Responsabilidad penal individual.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
  - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el

crimen; e) respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma, no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional. (CPI, 2002, p. 16-17)

Entonces, sí son delitos imprescriptibles, pero a la vez está supeditado el actuar a eventos posteriores a la entrada en vigor del ER. ¿Cómo se implementaría para el caso del conflicto colombiano previo al año 2009? La respuesta la ofrece el exfiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo:

Sobre el particular, es necesario destacar que LUIS MORENO OCAMPO, fiscal de la Corte Penal Internacional, al solicitar en marzo de 2005 al Gobierno colombiano que informara acerca de delitos cometidos por los grupos llamados paramilitares, las FARC y el ELN, y oficiales de la Fuerza Pública colombiana, puntualizó que la Corte no tiene jurisdicción sobre crímenes de guerra, pero sí sobre alegaciones sobre crímenes de lesa humanidad y genocidio, motivo por el cual nada obsta para que pueda investigar y sancionar comportamientos ocurridos en Colombia en el marco del conflicto armado interno con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, cuando comporten agresión a un grupo por motivos

nacionales étnicos, raciales o religiosos con el ingrediente subjetivo de destruirlo que configure una conducta genocida, o bien que se trate de un ataque generalizado o sistemático que permita advertir una política discriminatoria y que por tanto configure un crimen de lesa humanidad. (Diario El Tiempo, 2007)

En lo que concierne a los delitos de lesa humanidad el exfiscal declaraba en su momento que dicha salvedad no aplicaba:

La salvedad solamente opera para crímenes de guerra. No hay salvedad para crímenes de lesa humanidad. Nosotros en ningún momento podemos ir para atrás con ningún delito. Para hacerlo simple: la Corte no puede investigar ningún delito previo a julio del 2002, cuando el Estatuto de Roma entró en vigencia. Colombia, sin embargo, podría hacer una declaración para que se devuelva la competencia a la fecha de la creación de la Corte. Es una decisión que podría tomar Colombia como lo hicieron otros estados. (El Tiempo, 2007)

El exfiscal lo reitera para la época en una entrevista sobre la presunta revisión internacional a la llamada “Ley de Justicia y Paz” (Ley 975 de 2005):

Seguimos cómo la justicia de Colombia procesa este tipo de casos. Estamos chequeando. Si el Estado nacional no garantiza que no habrá impunidad, la comunidad internacional lo va a hacer. Crímenes contra la humanidad y lesa humanidad no son cuestiones nacionales. Hay una comunidad internacional que puede intervenir. No es una cuestión local y no es un problema ideológico. (El Tiempo, 2007)

La situación del país respecto del ER determinaba dos opciones distintas para el manejo de los crímenes de guerra y su salvedad a la jurisdicción de la CPI: (i) retirar la



salvedad y que se aplicase desde la ratificación (2002); o (ii) esperar hasta el 2009. Es de público conocimiento lo que aconteció.

El ER es enfático en esto: no habrá pena sin entrada en vigor. Lo que se ve aquí es evitar pretender considerandos de delitos como inexistentes; al contrario, el DI lo que aporta son caminos de juzgamiento cada vez más amplios, de lo internacional a lo local, y de regreso por complementariedad. Pero cuidado: no hay una vinculación con solución de continuidad que permitiría considerandos de competencia. Veámoslo más detenidamente:

(i) Existe una norma que propuesta en el plano internacional se vincula obligatoriamente en el orden interno.

(ii) Pero, naturalmente, el orden interno reclama condicionamientos para aprobar cualquier norma externa.

(iii) Se evidencia a su vez que la competencia en el manejo de CCCPI en el orden interno se da con posterioridad al agotamiento de la vía nacional. Y esto solo al cuestionar ciertas vicisitudes de judicialización de delitos adscrita a la política criminal interna. Lo que en palabras claras significa que se deba advertir una manifiesta impunidad local. Esto deberá reconocerse como una característica del principio de complementariedad dictado taxativamente en el ER.

(iv) Ahora bien, delitos considerados de lesa humanidad presentan ciertas características que se adecúan al interés por proteger unos grupos promotores de la “CI contra el genocidio”<sup>13</sup> sin entrar en discusión sobre otros. El asunto entonces responde a características propias de un Estado que pueden llegar a evolucionar hacia considerandos globales, verbigracia el **politicidio** dentro del conflicto colombiano, sin ser elemento esencial

---

<sup>13</sup> Esto es así porque nacida esta en el seno de un pensador judío (Raphael Lemkin), se abogó primariamente por la protección de los derechos de su etnia.

internacional, prueba que existen contextos de aplicación diferentes aun cuando la doctrina de los DD. HH. se declare universal.

(v) El profesor Daza González reconoce que esta fusión entre el DPI con DPN en un PL global y flexible garantiza la mayor protección a las víctimas. Esto es así en los casos 1 y 2 en tanto nuestro país no crea Derecho, solo lo copia. Pero hay que ser enfáticos en este punto (como lo son cada una de los TI mencionados), todos restringen en sus artículos de implementación su aplicabilidad al principio de irretroactividad de la ley en lo que atañe a su competencia.

Ya se vio cómo en el caso de la UP se restringió a cubrir las conductas tipificadas y se juzgó sobre ellas. Esto significa: hacia adelante. ¿Se presenta realmente un problema con esto? Ciertamente no. Porque el CP proporciona la tipicidad de estas conductas a partir de la Ley 589 de 2000. Asimismo, se contaría con la CIDH y la CorteIDH luego de 1985 y con la CPI en 2002.

Los casos del primer episodio son entendidos que su condición es de memoria histórica. ¿Dónde está el embrollo? ¿En el segundo período o en el tercero? La respuesta es en ambos. No por normas sino por la verdadera judicialización de los acusados. Este asunto, en el fondo, concierne netamente a lo que se conoce como solución de continuidad entre normas y principios y se fundamenta en la manera en que se interpreta el Derecho: desde la postura *iusnaturalista* o desde la *iuspositivista*. Por ejemplo, el profesor Daza toma partido doctrinalmente:

Para llegar a esta conclusión tuvimos que aclarar que, en el tema de los derechos fundamentales, nuestro pensamiento es *iusnaturalista* en su dimensión antivoluntarista, en la medida que los derechos de la persona están por encima de la voluntad de los Estados y de los Tratados Internacionales de

DD. HH. En ese sentido, nuestra postura va más allá, incluso, de lo señalado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de lo establecido en la CI Europea de DD. HH., frente a lo que el primero define como actos u omisiones que fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, y el segundo, como principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, ya que estos principios generales deben someterse al reconocimiento de la comunidad internacional o de los países civilizados, según el caso, para que adquieran tal carácter. Situación está que no exige el derecho natural, en la medida que dicho escenario no se requiere de tal reconocimiento, pues estos derechos son de la esencia humana. (Daza, 2016, p. 354)

En este punto, hay que considerar la dificultad de dicho ejercicio, porque existiendo unos derechos inalienables a las personas (dignidad humana, vida, integridad, igualdad, etc.), ninguna legislación deja de lado el considerar (i) la necesaria ratificación del TI, y (ii) el tiempo-hacia-adelante que se propone para judicializar la conducta que los afecta.

Se había recalcado en el segundo capítulo que esta cuestión se considera divergente entre propuestas doctrinales y su puesta en práctica. Ahora bien, para resolverlo, el DI provee un concepto de **soberanía**, la cual comprende conteniendo una capacidad de aceptación de respeto por los DD. HH. de carácter universal. Esto lo expresa la Corte así:

Si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los DD. HH. y de respeto al Derecho Internacional humanitario

y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero sí más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces. (Corte Constitucional, 2002)

Sin embargo, estipula la misma sentencia:

Según el artículo 11 del Estatuto, la Corte tiene competencia solo respecto a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto. Cuando un Estado se convierte en parte del tratado, la Corte podrá ejercer su competencia solo respecto de los crímenes cometidos luego de la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado, excepto cuando se haga la declaración prevista en el artículo 12(3), es decir, el Estado consienta expresa y formalmente en que un crimen cometido después del 1 de julio de 2002, pero antes de que entrara en vigor el Estatuto para ese Estado, sea de competencia de la Corte Penal Internacional... Encuentra la Corte que estas disposiciones desarrollan los principios que rigen el manejo de las relaciones internacionales de Colombia previstas en nuestro ordenamiento constitucional, en cuanto reiteran el respeto a los principios de soberanía y *pacta sunt servanda* aceptados por Colombia (art. 9 CN), según los cuales los compromisos internacionales de Colombia y de cualquier Estado surgen solo cuando se ha expresado válidamente el consentimiento para obligarse. (Corte Constitucional, 2002)

Aquí se cae de nuevo en el ámbito de lo “deseable”, pues la misma norma internacional deviene estricta en su promulgación. Puede concluirse entonces que (i) se condiciona la soberanía estatal al DI (la CPI decidirá si los procedimientos penales fueron realizados según sus disposiciones), pero (ii) se dará únicamente a partir de la ratificación del TI, pues aun cuando existan principios fundamentales del DI que hayan sido estipulados desde 1948, estos serán vistos con solución de continuidad por el formalismo jurídico y sin solución de continuidad por el *iusnaturalismo*.

La respuesta que parece obvia en materia teórica (el deber-ser de la norma internacional), en la práctica reclama condiciones lejanas a lo que se espera se materialice. Lo que queda en la materia, habiéndose matriculado un Estado-parte en un TI que prevé sanciones a una conducta trasgresora de derechos, es que dicho contrayente no podrá valerse de ausencia típica alguna para evitar la investigación, juzgamiento y sanción de conductas consideradas como delito internacional. Y de similar forma operaría la amnistía a resolverse.

No es posible evitar la investigación y judicialización en manos del tribunal externo para estos casos. El profesor Daza González ofrece en su texto el ejemplo peruano (Daza, 2016, p 246-249): “Caso Barrios contra Perú”. Expongámoslo:

1. Alberto Fujimori expide la Ley 26479 por la cual concede amnistía general a militares y civiles en diversos casos donde estaban siendo investigados, juzgados o condenados.

2. La jueza Antonia Saquicuray reclama supremacía de la Constitución Política del Perú y de la CADH. En vista de esto, desconoce esta amnistía sobre los procesos en su despacho (masacre de Barrios Altos).

3. La fiscal general de la Nación, Blanca Nélide Colán, declara por autoridad judicial que aquellos jueces y funcionarios que desconozcan la ley de la referencia serán procesados por prevaricato.

4. Del Congreso peruano emana una segunda ley de amnistía, la Ley 26492 decretando que las amnistías no son revisables por vía judicial.

5. La Corte Superior de Justicia resuelve el caso ordenando su archivo. Declara que la Ley de Amnistía no es incompatible con la Constitución ni con los TI. Asimismo, decreta que la vía judicial para decidir una orden del ejecutivo representa un choque de poderes que debe evitarse.

6. Las víctimas denuncian ante la CIDH y CorteIDH para que se determine la ilegalidad de estas normas forjadoras de impunidad manifiesta a los DD. HH. Fundamentan su petición en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la CADH.

7. Perú, como Estado Parte, pierde el proceso y debe declarar que estas leyes de amnistía general no podían aplicarse. De allí en adelante continúa el proceso por la masacre en mención.

8. Condena de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos.

Así y como conclusión de la imperatividad del PL flexible se da la priorización del DI sobre la jurisdicción del Perú.

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 DD. HH. tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho

Internacional de los DD. HH. (Congreso Constituyente Democrático del Perú, 1995)

### 3.3.2. El caso

#### DURO INFORME DE HUMAN RIGHTS WATCH SOBRE FALSOS POSITIVOS EN COLOMBIA.

De acuerdo con la organización defensora de DD. HH., entre 2002 y 2008, brigadas del Ejército en Colombia ejecutaron civiles de manera rutinaria para mostrar resultados en la lucha contra los grupos armados ilegales. Human Rights Watch (HRW) lo califica como uno de los episodios más atroces en el hemisferio occidental en décadas recientes... Sin embargo, la organización afirma que su análisis les lleva a concluir que más de 180 batallones y unidades tácticas, vinculadas a 41 brigadas, de las siete divisiones del Ejército habrían participado en las ejecuciones extrajudiciales.

Los patrones presentados en estos casos sugieren que los comandantes de unidades tácticas y brigadas responsables al menos conocieron o debieron conocer acerca de los asesinatos y por ende deben tener responsabilidad respecto de lo ocurrido, afirma la organización.

Hoy en día, se calcula que fueron cometidas más de 3 mil ejecuciones extrajudiciales entre 2002 y 2008 y por ellas han sido procesados unos 800 uniformados. La mayoría de ellos de bajo rango. De los 16 generales activos y retirados que están bajo investigación, ninguno ha recibido una imputación de cargos.

Ayer, el fiscal General, Luis Eduardo Montealegre, reveló que el excomandante del Ejército, general Mario Montoya, y otros tres altos militares

en retiro, Ricardo Andrés Bernal, Jorge Arturo Salgado y Henry William Torres, deberán comparecer ante un fiscal delegado de la Corte para responder por los ‘falsos positivos’.

HRW hace una relación de los comandantes de las brigadas supuestamente vinculadas con falsos positivos, que después se convirtieron en comandantes del Ejército o de las Fuerzas Militares.

Según HRW, el General (r) Mario Montoya, llamado a declarar por la Fiscalía, era comandante de la Brigada 4 cuando se cometieron al menos 44 casos; el General Juan Pablo Rodríguez, actual comandante de las Fuerzas Armadas, era comandante de la 4 Brigada cuando habrían ocurrido 28 casos, y el General Jaime Lasprilla, actual comandante del Ejército, era el comandante de la Brigada 9 cuando ocurrieron por lo menos 48 casos.

HRW también asegura que, según sus investigaciones, los investigadores de falsos positivos han enfrentado serios obstáculos como falta de cooperación de las autoridades militares, amenazas y ataques contra testigos claves.

Los falsos positivos son uno de los temas que examina con cuidado la Corte Penal Internacional. Ese organismo ha asegurado que si no se producen resultados concretos en las investigaciones contra altos mandos que habrían estado vinculados con esa conducta, podría intervenir en Colombia.

#### Respuesta del Presidente Santos a Human Rights Watch

El Presidente Santos se refirió al informe de Human Rights Watch durante la ceremonia de reconocimiento de tropas del nuevo Ministro de Defensa, Luis Carlos Villegas.



Escuchaba esta mañana una ONG que señalaba a muy altos oficiales, a los más altos oficiales de nuestras Fuerzas, a nuestro Comandante General de las Fuerzas Militares y al Comandante de nuestro Ejército. Y los señalaban sin ninguna documentación, dijo Santos. Y agregó: No hay ni una sola investigación, ni siquiera investigación, en contra de estos altos oficiales. Entonces que no vengan a señalarlos y a causarles un daño enorme sin ninguna documentación. Esa no es la forma de vigilar por el respeto de los DD. HH. (Human Rights Watch, 2015)

Los artículos de la CPI que pueden ser aplicados para el caso específico serían los siguientes:

Artículo 5. Crímenes de la competencia de la Corte.

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

b) Los crímenes de lesa humanidad;

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. (CPI, 2002, p. 4-5)

*(ii) Nacionales*

▪ *Constitución Política de Colombia.*

El AL 02 de 2001 adicionará al artículo 93 la aplicación de la CPI en territorio colombiano:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Congreso de Colombia, 2001)

▪ *Nuevo CP. Ley 599 de 2000. (CONGRESO DE COLOMBIA, 2000)*

Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

Artículo 135. Homicidio en persona protegida. Adicionado por el artículo 27, Ley 1257 de 2008. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años, multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al Derecho Internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil”

Artículo 340. Modificado por el artículo 8, Ley 733 de 2002. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Modificado por el artículo 19, Ley 1121 de 2006. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos

mensuales legales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir. (Congreso de Colombia, 2000)

### 3.3.3. Análisis

Respecto a estos hechos y normas se advierte claramente otra dicotomía: (i) en el ámbito de los delitos de lesa humanidad siguiendo lo estipulado por la CPI y (ii) en los delitos contra el DIH teniendo como base los protocolos de Ginebra. Debemos hacer la diferenciación y dilucidar en lo posible la aplicación al caso. Para el efecto se citará al doctrinante Alejandro Valencia Villa (2011)<sup>14</sup> quien opina que si bien ambos crímenes comparten ciertas características, como no ser amnistiabiles, ser imprescriptibles e imputables a mandos superiores como agentes determinadores, pudiendo incluso confluír una misma conducta con ambas categorías, difieren en varios aspectos con resultados de manejo finales considerables:

- Los crímenes de lesa humanidad se dan en tiempos de paz y guerra. Requieren el elemento de sistematicidad o generalidad para ser imputados y no están consagrados en el CP actual, no existiendo ningún tipo penal que referencie ataques contra la población civil de manera sistemática.

---

<sup>14</sup> Es abogado colombiano, dedicado a la promoción y defensa de los DD. HH. desde 1989. Actualmente es consultor independiente en DD. HH., derecho humanitario y justicia transicional, y miembro del comité académico de la maestría de DD. HH. de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DD. HH., tanto para su Oficina en Bogotá como para diversos proyectos en Chile, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y República Dominicana. También ha sido perito ante la Corte Interamericana de DD. HH. Fue asesor general de la Comisión de Verdad del Ecuador y consultor de la Comisión de Verdad y Justicia del Paraguay y de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Tuvo a su cargo al Equipo Especial de Investigaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Fue el primer Director Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo en Colombia y fue abogado del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional en Washington y de la Comisión Andina de Juristas-Seccional Colombiana (hoy Comisión Colombiana de Juristas). Tiene varios libros publicados sobre DD. HH. y derecho humanitario, como autor, editor o compilador.

- Los crímenes de guerra obedecen a su nombre. No requieren el elemento sistematicidad para ser probados y están consagrados taxativamente en el Título II de la parte especial del CP.

En cuanto a estos resultados que difieren, Valencia Villa (2011) declara:

En ese sentido, llama la atención que en los dos últimos años algunos operadores de justicia califican algunos hechos, sobre todo, como crímenes de lesa humanidad y no como crímenes de guerra, cuando el CP colombiano no tipifica los primeros conforme a los elementos del derecho internacional y, por el contrario, sí se cuenta con un grupo importante de artículos que tipifican los crímenes de guerra, como es el Título II de la parte especial sobre delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, ya mencionado.

Sin embargo, la situación más preocupante es que se utilice el Estatuto de Roma como fundamento para realizar dicha calificación. Ante el vacío que ofrece el CP colombiano de no contar con un tipo que obedezca a las características del crimen de lesa humanidad, eso no permite que un operador de justicia aplique el artículo 7º del Estatuto de la CPI que consagra los delitos de lesa humanidad a través de la invocación del artículo 93 constitucional que establece el bloque de constitucionalidad.

Las sanciones penales de los crímenes internacionales no son normas autoejecutivas (*self-executing*), es decir, que no pueden ser aplicadas de manera directa por operadores de justicia sin que el derecho interno las reglamente.

[N]o se puede usar el bloque de constitucionalidad para imputar delitos y en esa medida se debe impedir el uso descontextualizado de los estándares internacionales. En nuestro país no se pueden imputar delitos con base en el Estatuto de Roma o de los Estatutos de los tribunales internacionales, solo se pueden imputar delitos con base en el CP.

Aunque el Estatuto de la CPI no obliga a los Estados a tipificar los crímenes que regula, sí establece el deber estatal de cooperar con la CPI, y será en virtud de este deber que los Estados tipifiquen dichos crímenes, más aun teniendo en cuenta el principio de complementariedad.

Obvio que nada impide que se resalte en el curso del proceso o que se desarrolle en el texto de la sentencia un análisis que indique que las conductas perpetradas a la luz del derecho internacional son crímenes de lesa humanidad, pero siempre se debe imputar y sancionar con base en la legislación nacional.

(Valencia, 2011, p. 123-124)

Así las cosas, y viendo posiciones tan contradictorias, es necesario realizar una enumeración de lo dado en torno al caso, para procurar una propuesta que mejor se adecúe a la interpretación de la norma:

1. Se tomará un proceso cualquiera de los falsos positivos: Tres jóvenes muertos en estas circunstancias que involucran a militares adscritos a los batallones de Caldas y el Casanare, crimen para el cual el Consejo de Estado declaró su condición de lesa humanidad<sup>15</sup>:

---

<sup>15</sup> De todos modos, según disposición de la CSJ (Sala Penal, (2015) “Sentencia SP-174442015” (45321), diciembre. 16/15) cada investigación debe considerarse por separado para afirmar que un delito puede ser calificado de lesa humanidad en un hecho a ser judicializado.

Las falsas e ilegales acciones ejecutadas por miembros de las fuerzas militares como acción sistemática constituyen actos de lesa humanidad que comprometen al Estado y que violan tanto el sistema de DD. HH., como el de Derecho Internacional humanitario y el orden constitucional interno, precisa uno de los apartes del fallo. (El Tiempo, 2015)

2. Para esto, las características del delito de lesa humanidad según la CPI serán:

- Ataque como vulneración.
- Generalidad (territorio o población específica) y sistematicidad (plan o línea de conducta dirigida por el Estado u otra organización).
- Lo político (ya sea en el acto del crimen o en la tolerancia al mismo)
- Población civil como víctima.

3. Una vez considerado como de lesa humanidad aparecerá el asunto de la **imprescriptibilidad**. Elemento judicial cuyo origen se remonta a la lucha contra la impunidad de los delitos contra los DD. HH. Esta imprescriptibilidad tiene sustento además en el DPI, hoy por hoy emblemático en la CPI.

4. La CPI dispondrá dos características para adquirir competencia para juzgar delitos: (i.) Una vez entre en vigencia. (ii) Tras la incapacidad o parsimonia del Estado para su juzgamiento. Esto significará que aun cuando prescriban en el ámbito interno, en el externo no habrá limitación alguna.

5. Según Yesid Reyes Alvarado<sup>16</sup> (2014), siguiendo las normativas estipuladas por el propio ER de nada servirá declarar como delitos de lesa humanidad a hechos anteriores a la

---

<sup>16</sup> Miembro de la Comisión Asesora para la Política Criminal y conyuez de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

entrada en vigencia de la CPI. Por lo menos no para presentar alegatos ante ella. Sin embargo, ya se citaron las declaraciones del exfiscal de la CPI Luis Moreno Ocampo, advirtiendo esta posibilidad. (El Tiempo, 2007)

6. De nuevo y aplicando de manera directa, tal como reclaman los *iusnaturalistas*, se podría hacer hincapié en la no necesaria tipificación estricta de los delitos de lesa humanidad como sobrevienen en el ER, al ser cuestiones inherentes de toda persona:

Es necesario aclarar que la estructura del CP es diversa de la estructura del Estatuto de Roma. No existen delitos en la legislación penal ubicados bajo la denominación de delitos de lesa humanidad. Existe, no obstante, conductas que pueden ser ubicadas en el contexto general de núcleo duro de DD. HH. Con base en diversas normas del CP, se puede establecer que dicho núcleo está conformado por el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura. Desde aquí se puede hacer un balance y una comparación en relación con aquellos crímenes que son consagrados en el Estatuto como crímenes contra la humanidad. (Aponte, 2003, p. 211)

7. Las opciones son las de la dicotomía que redundan por todas partes de este texto: *iusnaturalismo* versus *iuspositivismo*, PL rígido vs. flexible, aplicación directa o implementación legal nacional.

8. Pero si se sigue lo estrictamente estipulado en el CP, debería considerarse condenar por el artículo 135, que es norma taxativa enfocada en el conflicto armado. Esto no será una ambigüedad, pues de fallar el Estado en la persecución de estos delitos, la CPI entrará por **principio de complementariedad** a perseguir estos mismos actos, al considerarlos de lesa humanidad. Existe la interpretación directa, pero esta pasa por el mecanismo de adecuación



del hecho a la tipificación internacional, a *contrario sensu* siguiendo el tipo penal estipulado en el capítulo II del CP simplemente aplicaremos la ley.

9. ¿Cómo actuaría la CPI? La fiscal Fatou Bensouda lo expone:

En una entrevista a Efe, Bensouda subrayó que está en manos de Colombia evitar la investigación de esos casos, relativos a los asesinatos y desapariciones forzosas supuestamente cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas colombianas, según un informe de la Fiscalía de la CPI que indica que el número de víctimas de estos delitos podría llegar a las 5.000.

El examen preliminar de la CPI sobre Colombia comenzó en 2004 y, desde entonces, la Fiscalía vigila tanto los posibles crímenes de guerra como de lesa humanidad que se pudieran haber cometido durante el conflicto que enfrenta desde hace más de 50 años al Ejército colombiano, grupos armados como las FARC y los paramilitares.

Colombia ha colaborado mucho durante el examen preliminar respecto a la información que necesitamos, reconoció la fiscal general de la CPI, quien recordó que sus pesquisas “aún no han terminado”. Preguntada si finalmente pedirá a los jueces abrir una investigación formal sobre esos hechos, lo que permitiría pasar a la fase de recopilación de pruebas, aclaró que todo dependerá de si se cumple o no el principio de complementariedad, es decir, si Colombia está haciendo algo para juzgar esos crímenes o no. (Agencia EFE, 2016)

10. ¿Qué decía HRW al respecto?

José Manuel Vivanco ha sido enfático en reclamar el no envío de los procesos judiciales contra altos mandos militares a la JEP por ser un mecanismo de impunidad que

permitirá evitar que cientos de militares de rangos bajos, medios y altos no paguen por sus crímenes. Quienes ya han sido condenados en virtud de la JO podrían ser liberados.

### **Conclusiones: La legalidad histórica en casos representativos**

Se realizó un recorrido histórico de la implementación de TI al orden interno nacional atravesando las múltiples vicisitudes pragmáticas de su ejecución en un país que como el nuestro adolece de cultura jurídica propia y está inmerso en la ilegalidad, muy especialmente por el ente gubernamental.

En los episodios descritos y analizados se encuentra un camino de aplicación de lo internacional a lo nacional, en un ir adentrándose de lo simplemente reconocido a lo obligatorio. A lo largo de cada caso se vio cómo ante situaciones de manifiesta vulneración de los DD. HH. existe la preocupación por una política protectora e integradora de la jurisdicción penal internacional a códigos y leyes, mediante la aprobación de convenciones contra los diferentes delitos que se presentan. Esto conllevará a todas luces un camino de corte y pegue sin línea de continuidad fija, que termina siendo base de las críticas del *iuspositivismo* para la aplicabilidad de los llamados principios fundamentales del DI por vía directa.

Siendo así, se halla que, habida cuenta de la propuesta *iusnaturalista*, se entienden los DD. HH. como inalienables, imprescriptibles, reconocidos a lo largo del globo, protegidos por la autoridad universal de la dignidad humana y no necesariamente sujetos a mecanismos legales, más allá de su primerísima promulgación. No obstante, al ser esta la idea racional de los DD. HH. vinculada al deber-ser del derecho y a las cuestiones filosóficas del tratadista jurídico, se encuentra que la lógica de implementación descubre en todo momento las pautas que el PL rígido reclama en la postulación de cada TI.

Lo expuesto conlleva a la solución de que cada caso se maneje previendo el choque de ideologías hacia un resultado que mejor se adecúe a la interpretación judicial en torno a su práctica diaria. Ciertamente es que el derecho es una ciencia y en tanto ciencia comprende cuestiones lógicas de aplicación, pero igualmente, tratándose de un motor social, es afectado por fenómenos como la soberanía y la PC del contexto propio de cada país; verbigracia, la aplicación de la ley conforme a previsiones de sanción cede en no pocas ocasiones a diversas necesidades, en nuestro principal motivo: la búsqueda de la paz y la reconciliación. Esto conlleva al camino del principio de complementariedad como vía más saludable entre lo interno y lo externo, actuando el segundo como revisión del primero.

No es contrario al pensamiento racional que se confiera prioridad a lo escrito, es simplemente la costumbre de formación continental en la cual nos hallamos inmersos desde la aceptación de la propuesta alemana y francesa y su interpretación. Por ejemplo, el bloque de constitucionalidad nacido en el seno de la doctrina francesa fue adoptada en nuestra cultura argumentativa.

Finalmente, esta “complementariedad” provee el mecanismo para que, ubicados en un episodio de impunidad, se acceda a su queja correspondiente mediante una estrategia de obligatorio cumplimiento que permite, por lo menos, una revisión de casos evitando la impunidad. En el aparte dedicado a la JT se estudiará esta posibilidad.

## **Capítulo cuarto. Un esbozo a la flexibilización del DP como persecutor de los CCCPI en la JEP**

En este capítulo se abordará el manejo de los CCCPI tras el AF de Paz entre el Estado colombiano y las FARC en su generalidad, evitando su particularización en fallos, pues habría que esperar entonces hasta los mismos<sup>17</sup>. Esto es posible debido a que, de todas maneras, se vislumbra desde ya su modo condicional de aplicación judicial a JT: (a) descartar los delitos del grupo de los amnistiables y (b) aquellos que abarcaría el periodo del conflicto no posterior a diciembre de 2016.

Es claro entonces que este mecanismo provee la vía acordada previamente entre Estado y FARC para dar aparentemente por terminada una guerra y para el cual se consideró una vía alternativa de sanción a la plena de la JO. Siendo así, esto opera como una especie de **principio de oportunidad** general para quienes se hayan adscrito en el momento pertinente a la potestad del Acuerdo de Paz. El punto a discutir aquí es apreciar si hubo acatamiento a lo dispuesto por la legislación internacional reclamada por el ER.

Para llegar a la actual normatividad de la JEP los partidos políticos de la derecha colombiana promovieron el NO plebiscitario para 2016 como primer mecanismo de refrendación de los Acuerdos<sup>18</sup>, lo que llevó posteriormente a una nueva firma en 2017 (Pacto del Colón), tras una edición legislativa bastante disímil entre Gobierno y grupos insurgentes.

---

<sup>17</sup> Labor que condicionaría la entrega de este trabajo de posgrado a fechas muy posteriores a las pretendidas.

<sup>18</sup> La Corte daría potestad para el ejercicio del Acto Legislativo 01 de 2016 como instrumento jurídico de estructuración procesal del Acuerdo Final. Esto operó de esta manera en consideración a la Política de Estado del momento de dar luz verde al proceso de paz. Así, la “*refrendación popular*” que en un primer instante se propuso como aparato electoral de participación del pueblo colombiano, dio paso en un segundo momento (en virtud a semántica de interpretación), a que dicha refrendación fuera considerada legítima en manos del Congreso si contenía cinco aspectos: “*En ese contexto preciso, la refrendación popular designa un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores. Mientras los órganos políticos encargados de aplicar las previsiones del Acto Legislativo 1 de 2016 se mantengan dentro de esos límites, pueden definir si se ha cumplido la refrendación popular, que es condición para su entrada en vigencia*” **Corte Constitucional** (2016). *Sentencia C-699 de 2016*. Esto en síntesis, significa que “*refrendación*

A lo que siguió la revisión constitucional por cuenta de la Corte con el resultado de aprobación plena a los AL y las leyes de procedimiento para 2018 y estatutaria a junio de 2019. La pregunta de este capítulo se dará entonces respecto a la probable internacionalización del proceso de paz (presentado a la ONU), y su grado de concordancia con la CPI para el caso de lo allí preceptuado, teniendo en cuenta la definición legislativa.

Los análisis se dieron teniendo en cuenta el AL N.º 1 de 2017, revisado por Fatou Bensouda (2017), fiscal de la CPI; Sebastiano Cardi, presidente del Consejo de Seguridad de la ONU; y Pablo de Greiff, relator especial de las Naciones Unidas para la Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición de las Víctimas, tras quejas de ONG nacionales y extranjeras por violación a los TI en pro de manifiesta impunidad como fin de la redacción de ciertos artículos de la JT.

Lo primero a mencionar acerca de la normativa de la JEP es que su carácter procesal es sancionatorio en la medida que se instituyó como un mecanismo de acogida condicionado a una culpabilidad a confesar. En el fondo, quien se acoge a la JT lo hace en pro de un beneficio de condena menor a la estipulada en JO. Esto es innegable. El carácter investigador de la JEP se enfoca hacia determinar el grado de responsabilidad del sujeto sobre los hechos al caso.

Entonces, lo discutible respecto a los CCCPI será la introducción de la persecución como carácter irrenunciable. Esto debe ser visto de esta manera porque si se revisa el proceso inmediatamente anterior con las autodefensas, es decir la Ley 975 de 2005<sup>19</sup>, los máximos culpables de delitos de lesa humanidad terminaron siendo extraditados por narcotráfico,

---

*popular*” es un término genérico que permite cualquier interpretación dependiendo de lo que se necesite realizar por política de Estado.

<sup>19</sup> En ningún caso podrá hacerse uso del principio de oportunidad respecto a hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, o delitos de narcotráfico y terrorismo. En **Comisión colombiana de juristas** (2007) “*Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz: una mirada desde los derechos de las víctimas*”.

priorizando los requerimientos norteamericanos en vez de a las víctimas del conflicto. Desde esta conjetura, puede hacerse la pregunta: ¿qué decía el primer proyecto de la ley de procedimiento de la JEP?

Las comisiones primeras conjuntas aprobaron este martes en primer debate el proyecto de la Ley de Procedimiento de la JEP y establecieron que el sistema de justicia transicional no podrá juzgar a los desmovilizados de las Farc que sean pedidos en extradición.

En el artículo 53 de la iniciativa se limitan las facultades de la JEP a que únicamente pueda decretar pruebas para determinar la fecha de ocurrencia de los hechos: La Sección de Revisión podrá decretar y practicar únicamente las pruebas que sean estrictamente necesarias y pertinentes para establecer la fecha de comisión de la conducta, se lee.

De esta manera, la Justicia Especial no podrá suspender procesos de extradición, como ocurrió en el caso del sucreño Jesús Santrich, quien es señalado de narcotráfico tras la suscripción del acuerdo de paz, el 1 de diciembre de 2016. (Betín, 2018)

En este debate se seguía la línea de investigación contra el narcotráfico en perjuicio de la persecución a los CCCPI, ya que en el Congreso se pretendió desvirtuar lo previamente acordado con los grupos guerrilleros en La Habana. Y este es el punto en cuestión para la JEP a ser resaltado con ahínco: se firmó un acuerdo con los grupos rebeldes que no tuvo en cuenta que la ejecución difiere de lo sustancial y ante todo de las circunstancias políticas del momento de su caracterización.

Un gobierno, como el de Juan Manuel Santos, comprometido con la paz que aun así difícilmente pone en acción lo pactado por condicionamientos administrativos y procesales

de implementación interpartidista, dio paso al de Iván Duque que expresa siempre su interés en la reescritura de lo pactado.

Por ello, en lo que respecta a la misiva de la CPI enviada en día 24 de noviembre de 2017 se exponen las razones por las cuales según los remitentes se vulnera el deber de investigar, juzgar y sancionar los delitos conforme estipula el ER. La problemática pretendió impulsar la revisión de los principales puntos presentando el análisis que la fiscal Bensouda (2017) considera como primordiales de ejecución del proceso penal que reflejen los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

Entre los apartados más característicos de sus críticas pueden enunciarse someramente asuntos de calificación de la responsabilidad de altos mandos por autoría mediata, la definición de crímenes de guerra y la forma de condena. Esta es, a todas luces, la piedra en el zapato de la JEP, para lo cual se pueden encontrar distintas críticas, todas encaminadas a resaltar que se desconocen los criterios taxativos de la CPI en pro de evitar la impunidad de partícipes directos e indirectos en delitos de lesa humanidad y de guerra.

En su momento esto debió verse así, pues existía una gran controversia entre las actuaciones de un tribunal con una normatividad que variaría por distintas cuestiones sin una ley plena. Ejemplo claro lo ofreció el “caso Santrich” (hoy en fuga), detenido y solicitado en extradición por los EE. UU. por el delito de narcotráfico presuntamente ocurrido con posterioridad a la fecha límite de potestad de la JT.

Para la JEP, esta solicitud avocaba su competencia, sin embargo, para la Fiscalía era asunto de la JO y el Procurador General reclamó actuaciones ajenas a las cualidades de estos magistrados que, en la marcha, estipulaban su potestad sobre casos que podían o no ser de su competencia.

Frente a la proyección de extradición encontramos que hubo una protección al proceso de paz que configuró una actitud contradictoria entre las Altas Cortes y el Ejecutivo. La Corte Constitucional le daría la razón a la JEP, la CSJ le dejaría libre citando a indagatoria y el Consejo de Estado le permitiría posesionarse como Congresista. Al contrario, el ejecutivo le rechaza y el legislativo presenta opiniones diversas.

La implementación de la JEP además permite la judicialización de casos a ser escogidos, teniendo en cuenta como mecanismo de selección los eventos donde se hayan presentado mayores ejercicios de vulneración a los DD. HH. (art. 19, Ley Estatutaria de la JEP).

En teoría esta es la propuesta que se prevé la más acertada, pero desde la óptica de la praxis, esta aproximación a dichos casos es decretada por un grupo investigativo multidisciplinario (adscrito a la JEP), que recibe casos de la JO. De allí se filtra según la demanda de cada Sala. Esto significa que, en la práctica, la elección puede ser dada de manera no vinculante a autores que subjetivamente se pretenda no ingresen en la circunstancia de revisión gradual.

Esto hay que apreciarlo críticamente haciendo una revisión de la manera en que la JEP haría efectiva esta discriminación de delitos a asignar y fallar. De todos modos, el artículo 19 no es condición *sine qua non* para asignar la responsabilidad sin apostarse por un criterio objetivo entre vinculación y sentencia más allá del principio de oportunidad.

“Los criterios de selección dispuestos en este artículo no constituyen criterios para imputar responsabilidad”, afirmó al respecto el Congreso de Colombia (2017ii). Lo que considera primariamente esta crítica es la identificación de la JT como un mecanismo que funciona como un sujetarse a un proceso judicial por cuenta de los actores que se allanen a la jurisdicción y no como un verdadero ente investigativo.



Por el momento, uno de los casos a analizarse es el genocidio de la UP (caso N.º 006) que, ya revisado en CIDH y CorteIDH, deja en evidencia que otros de menor reconocimiento pasarán desapercibidos, y esto es así porque la verdad de la escogencia radica más en la facilidad de acceso a expedientes que a investigación *per se*, en lo que se descubre que aparentemente por esencia de la JT se busca fallar, mas no investigar.

El Estado colombiano, a través de la Unidad para la Reparación de las Víctimas, ha reconocido a la UP como sujeto colectivo de reparación. El caso sobre las victimizaciones sufridas por miembros de la UP cumple el criterio subjetivo de impacto relativo a la afectación de sujetos colectivos. De hecho, el Consejo de Estado declaró dicho daño colectivo al señalar que la persecución por razones políticas sufrida por los miembros de la UP tuvo como propósito deshacer el partido para impedir su participación política, lo que configura un atentado contra el pluralismo y la democracia. (JEP, 2019)

Ahora bien, incursionando de facto en la discusión de la JEP, se puede abordar la Ley 1922 del 18 de julio de 2018 “por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz”, en lo que hará referencia a los artículos que afecten indiscutiblemente a la potestad de investigación, juzgamiento y persecución a los CCCPI. Esto, no como una mera adaptación *ad hoc* de la tipicidad del CP de 2000 a través de la repetición de lo ya preceptuado, sino en la discusión procesal de su aplicación real en materia de JT y lo presuntamente revisable por la CPI.

Desde esta perspectiva, hubo artículos reclamados como abiertamente inconstitucionales por la bancada opositora al gobierno de Iván Duque. Esto ocurre así, porque es claro que el Centro Democrático es el partido político que provee los cambios de último momento a la JEP, que resultan trascendentales para una revisión sobre el marco procesal. Lo anterior, porque este actuar se da a sabiendas de que es una medida política que

afecta lo jurídico, al evitar la vinculación de terceros responsables por parte de las fuerzas militares. Esto decía el controversial artículo, hoy declarado inconstitucional por la Corte:

Artículo 75. Los procesos de los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia, iniciarán o continuarán su trámite una vez el procedimiento especial y diferenciado para el juzgamiento exista. Sin embargo, el compareciente podrá solicitar de manera expresa que el proceso continúe y en ese caso se utilizarán los procedimientos aprobados por esta ley.

Mientras mantengan los compromisos de sometimiento a la JEP, podrán mantener los beneficios del sistema y las medidas provisionales decretadas a su favor antes de la entrada en vigencia de esta ley, y podrán igualmente solicitarlos y les serán concedidos de acuerdo con los requisitos vigentes.

El Gobierno Nacional y el Congreso tendrán dieciocho (18) meses para presentar y aprobar dicho procedimiento. (Congreso de Colombia, 2018, p. 34)

Según los ponentes de esta introducción se requerirían jueces “alternativos” a los escogidos en la JEP. Hecho que no posee una razón jurídica lógica en tanto el AL por el cual se determinó la estructura de la JEP procuró no hacer diferencia entre el juzgamiento a todos los sujetos acogidos. Incluso, los militares siempre reclamaron por **principio de igualdad** en la JT poseer las mismas atribuciones que los alzados en armas. Lo que se aprecia entonces es una labor estratégica de indisposición punitiva dentro de un marco procesal que genera una óptica de impunidad manifiesta por evitación de juez natural.

Lo que aporta este dilema (el 30 de julio de 2019 de nuevo el Centro Democrático radica en el Congreso este proyecto) es su carácter demandable ante la CPI, porque lo que reclama la estructura diferenciadora solicitada permite una revisión por principio de complementariedad, sobre el cual se profundizó en capítulo anterior.

A través de los artículos 1 y 17, numeral 3 del ER, las víctimas podrían promover denuncias masivas al organismo internacional como ya ha ocurrido en la CIDH y la CorteIDH para casos concretos de flagrante responsabilidad del Estado. Podría presentarse además una actuación de oficio de la fiscal Bensouda conforme la primera disposición de la CPI.

Sin embargo, lo dado hasta el momento es que un acercamiento a la JT por parte de la fiscal no ha generado una buena aceptación (eliminando la segunda opción de acción de la CPI). Asimismo, se ha presentado una manifiesta desazón a sus palabras por cuenta de la Unión Europea, quienes han sido los grandes auspiciadores del proceso con las FARC.

Esto hay que tenerlo claro: la comunidad internacional ha apoyado financieramente la paz y se ha involucrado al nivel de acordarse un compromiso político al Estado colombiano que reconoce el poder económico de las potencias europeas por sobre un mecanismo apenas en empoderamiento (tercera opción de acción de la CPI). Lo jurídico responde a lo político y este a lo económico.

Es posible ahondar en este asunto desde otro elemento del SIVJRNR a través de la aplicación del Decreto-Ley 588 de 2017 dedicado a la CEV. El decreto requiere que el Gobierno reconozca la potestad de esta institución como *amicus curiae* en el proceso de paz. Para el efecto se reclama su capacidad de acceso a la verdad histórica de los hechos cometidos por las partes intervinientes. Esto fue además referido como una función indispensable por la Corte.

El ICTJ (Centro Internacional para la Justicia Transicional), considera que las regulaciones establecidas en el Decreto 588 del 5 de abril de 2017, que establece y organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición como parte del Sistema Integral de Verdad,

Justicia, Reparación y No Repetición, puede contribuir efectivamente a que Colombia cumpla con su obligación de garantizar los DD. HH. y de proveer recursos efectivos para la realización efectiva del derecho a la verdad de las víctimas. El Decreto en mención permitirá a la CEV cumplir con las funciones de esclarecimiento de la verdad, dignificación de las víctimas y reconocimiento de responsabilidad. (Moreno, 2017, p. 15)

La comisión dirigida por el padre Francisco de Roux informa que, con miras a reconocer la realidad del conflicto colombiano en su complejidad se solicitó a las FF. MM. que entregasen los archivos de operaciones desde el año 1953 hasta 2016. Esto porque dada su naturaleza extrajudicial al servicio de las garantías a las víctimas se reconocen como trascendentales los hechos vinculados al accionar de los diferentes grupos en beligerancia. Solicitud que ingresando en el marco de los parámetros del DIH a partir del “Artículo 3, común a los Convenios de Ginebra de 1949”<sup>20</sup> y en el “Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1977”<sup>21</sup> tuvo un especial recelo para su cumplimiento por parte del Ejército, con el reclamo del PL **estricto** que advierte una transgresión de atribuciones a la CEV para realizar tal petición.

Para los críticos fuertes no habría potestad de la CEV previamente a 1996 por ser este el momento en el que el Protocolo II concerniente a los conflictos internos fue adoptado en nuestra legislación a través de la Ley 171 de 1994. Sin embargo, una cosa significa una entrada en competencia de juzgar y, otra una reconstrucción de eventos que al remontarse tan atrás se desarrolla como concesión de caracteres históricos de búsqueda de verdad.

---

<sup>20</sup> Ratificado en Colombia en 1962.

<sup>21</sup> Ratificado en Colombia hasta 1996.

El problema radica en que lo alcanzado a agosto de 2019 es una aceptación tardía de esta solicitud a través de una guía (el Plan 002811 del 13 de marzo de 2019), que funciona a modo de versión institucional y cuyo filtro responde al relato subjetivo de hechos de una manera respetuosa a los DD. HH. y una postura de víctima del conflicto; situación contradictoria con los testimonios de los oficiales a ser presentados en la JEP.

La respuesta de las directivas militares es que una cosa es la reconstrucción de los hechos y otra la responsabilidad individual de quienes confiesan sus culpas en el proceso. Por el momento hay que hacer énfasis en que no se debe hablar de un posconflicto sino de un posacuerdo, y la labor de la CEV de tan escaso tiempo (tres años) para rendir un informe solo provee un panorama de hechos a conocer, y que a partir de tal pauta, de difícil forma podrá ser alcanzado.

Podemos retornar a las revisiones a los ajustes de la JEP, esta vez en lo que respecta a la extradición de los guerrilleros sin judicialización por CCCPI. El artículo que impulsaron era el siguiente:

Artículo 54. Extradición. La Sección de Revisión verificará que los hechos a los que se refiere la solicitud de extradición sean posteriores a la firma de los acuerdos. No podrá practicar pruebas.

En ningún caso, la JEP podrá pronunciarse sobre el fondo del asunto, ni sobre la responsabilidad de quien fuere solicitado en extradición. [Subrayado fuera de texto]. (Congreso de Colombia, 2018, p. 27)

Este artículo, tal como se pretendía, representaba una tacha determinante en el papel de la JEP como agente de investigación prioritaria, y resultaba una verdadera amenaza al proceso y al deber de juzgamiento de los CCCPI; incluso significaba una vulneración a las garantías de los sujetos que se someten a la JT.

Esto ocurre así, porque la solicitud de extradición sin permiso de análisis probatorio es la vía para resquebrajar la actuación judicial por delitos de lesa humanidad (no olvidar lo ocurrido con Justicia y Paz). Siendo esta disposición eminentemente política, la fe de erratas que se pretendió bajo la propuesta legislativa reconfiguraría la prioridad de la extradición por sobre las actividades de la actual JT e incluso de la JO.

Por ello, la Corte (2018) en su revisión de constitucionalidad, reconociéndolo, declara el cambio necesario de la palabra “verificará”, cuya comprensión reduce el ejercicio de los jueces, por “evaluará”, que es más acorde a su labor de progresión lógica para dirimir el asunto. De igual manera, la Corte declaró inexecutable la palabra “no”, por considerar que negar la práctica de pruebas a los magistrados coarta la esencia de su actividad de investigación y juzgamiento. Y si además nos introducimos taxativamente en las objeciones presidenciales...

Artículo 150: Referente a la extradición de personas por conductas posteriores a la firma del Acuerdo Final es inconveniente debido a que no precisa lo que ya fue dicho en la ley de procedimiento de la JEP cuando expresa que la Sección de Revisión del Tribunal de Paz no puede practicar pruebas. No hacer esta precisión afectaría gravemente la cooperación judicial de Colombia con otros países.

Artículo 153: Porque se condiciona la extradición de otras personas al ofrecimiento de la verdad sin establecer ningún tipo de término ni oportunidad para hacerlo. Esto produce un incentivo perverso para el ingreso a la JEP de terceros bajo el ropaje de supuestos ofrecimientos de verdad. Esa ambigüedad puede ser utilizada para eludir responsabilidades ante la Justicia de otros Estados. (Presidencia de la República, 2019, p. 2)

...se advierte la existencia de una priorización a favor de la extradición por cuenta del Gobierno de Iván Duque que ya la Corte había revisado en su sentencia C-080 de 2018, como control automático de constitucionalidad de la que sería la Ley Estatutaria de la JEP. La Corte basaba la potestad de la JEP a partir de lo predispuesto por la CSJ:

[...] en virtud de la competencia prevalente, preferente, absorbente y exclusiva de la J.E.P., las solicitudes de extradición que recaigan sobre ex integrantes de las FARC, desmovilizados en virtud del Acuerdo de Paz y que se hayan acogido a la J.E.P., han de ser conocidas por esa jurisdicción especial. Solo ella es la habilitada constitucional y legalmente para calificar y constatar si se dan los presupuestos materiales para afirmar su competencia a la luz de tres factores: i) en razón de la materia –delitos cometidos antes del 24 de noviembre de 2016, en el marco del conflicto–; ii) el personal —por integrantes de las FARC desmovilizados en razón del Acuerdo de Paz que hagan parte de los listados oficiales y que se hayan sometido a la J.E.P.— y iii) en razón del tiempo —por hechos ocurridos con anterioridad a la firma del Acuerdo—. || [...] Tanto así que, inclusive, cuando se alega respecto de un integrante de las FARC-EP o de una persona acusada de ser integrante de dicha organización, que la conducta atribuida en la solicitud de extradición hubiere ocurrido por fuera del marco temporal que activa la competencia de la J.E.P., es la Sección de Revisión de ese Tribunal especial la competente para evaluar lo pertinente, a fin de determinar la fecha precisa de realización de la conducta punible y, de esa manera, decidir el procedimiento apropiado (art. 19 transitorio inc. 1 del Acto Legislativo 01 de 2017). (CSJ, 2018)

Esta cuestión por el momento deviene excepcional, muy especialmente a partir de las pruebas aportadas por la Fiscalía que se han visto de escasa conducencia para configurar la

culpabilidad de acusados por narcotráfico; sin embargo, el asunto de extraditar como prioridad no deja de ser la principal manera para evitar la acogida de los sujetos implicados en el conflicto a la JEP. Por otra parte, la preocupación del Ejecutivo por la impunidad de los CCCPI también es transmitida a la opinión pública en la objeción presidencial al parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley Estatutaria:

Esa renuncia a la acción penal es inconveniente porque constituiría impunidad. El Estado no puede renunciar a perseguir a los responsables de los delitos de lesa humanidad sin haber agotado todos, todos los esfuerzos para encontrar la Justicia y la Verdad. (Presidencia de la República, 2019, p. 2)

Ante tal señalamiento, la Corte ya había resuelto que no es posible una renuncia incondicional a la acción penal contra delitos de lesa humanidad y de guerra; pero argumentaba que en ambientes como el de JT, donde se prioriza la determinación de los máximos responsables en un contexto masivo de estos delitos, es desgastante para la justicia la persecución a todos los actores involucrados en los hechos. En palabras de la congresista Juanita Goebertus:

Si uno mira cada uno de los elementos objetados por el Presidente, se encuentra que la Corte Constitucional ya los definió. Por ejemplo, el Presidente quiere que la JEP tenga que investigar y sancionar a todos los responsables y todos los delitos, pero la Corte dijo en 2012, en el Marco Jurídico para la Paz, que en contextos de justicia transicional hay que concentrarse en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos, porque de lo contrario se generaría impunidad de facto, como en la práctica ocurrió con Justicia y Paz. (Verdad Abierta, 2019)

Se dejará hasta aquí esta controversia.



Otra conducta reclamable por la CPI para con la JEP será lo previsto en el párrafo del inciso h: “enfoque de género”, del artículo 1 de la Ley 1922/18:

**Parágrafo.** En la JEP se dará plena aplicación y observancia a los derechos de las mujeres reconocidos en la Constitución, los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados y la ley. En particular, a una vida libre de violencias y discriminación, acceso a la justicia, participación en la construcción y consolidación de la paz, a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. (Congreso de Colombia, 2018, p. 3)

Esto es acorde con lo dispuesto por la misma Ley en el párrafo del canon 72:

**Parágrafo.** En todos los procesos que se adelanten ante la JEP se garantizarán los derechos de las víctimas de violencia basada en género y en especial la violencia sexual de conformidad con lo previsto en el bloque de constitucionalidad, las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, las Leyes 1257 de 2008 y 1719 de 2014, así como sus decretos reglamentarios. (Congreso de Colombia, 2018, p. 33)

Se considerará con especial atención la “CI interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (OEA, 1994) respecto de la JT, haciendo uso de varios de los incisos de su precepto 7 que reclamarían la persecución a los CCCPI:

Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

- c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.
- d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.
- f) Establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.
- g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. (OEA, 1994)

Como se puede apreciar, normas no faltan para el desarrollo de la persecución jurídica a los infractores del párrafo del inciso h del artículo 1º de la ley procesal de la JEP. Existiendo entonces una correlación entre ley doméstica–ley internacional, para llevar a cabo la protección [en este caso] a las mujeres víctimas del conflicto. De todos modos, se debe contemplar la problemática ya enunciada por los mecanismos de JT en otros países. Caso especial para mencionar el del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (fundado el 25 de mayo de 1993 y disuelto el 31 de diciembre de 2017). Es práctico ofrecer un pequeño párrafo tras una JT de más de veinte años en dicho país, pues se sabe que nuestra JT tendrá un espectro de acción a quince años.

Según el Derecho Internacional, las autoridades de Bosnia y Herzegovina son responsables de ofrecer justicia, verdad y reparación a las víctimas de crímenes de guerra, pero los sucesivos gobiernos les han fallado por reiteradas razones legales y políticas. Desde que en 2004 comenzaron los juicios por crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina, menos del 1 % del número estimado de casos de víctimas ha llegado a los tribunales. Con una ingente cantidad de casos de crímenes de guerra pendientes, los tribunales de todo el país sólo han juzgado 123 casos de violencia sexual. (Sesar, 2017)

Pasando ahora a elementos sustanciales de la JEP, posiblemente revisables por la CPI tras las críticas de Bensouda a través de los lineamientos de respuesta de la Corte en la Sentencia C-674 de 2017, se expone en esta última frente a la impunidad judicial:

En el sistema mundial de DD. HH., por ejemplo, distintas convenciones han establecido la obligación de sancionar la desaparición forzada, el genocidio y la tortura, imponiendo penas apropiadas y proporcionales a su gravedad.

El Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los DD. HH. mediante la Lucha contra la Impunidad, de la Comisión de DD. HH. de la ONU, establece en su Principio 1 y en su Principio 19 que aunque el enjuiciamiento de dichos delitos es una condición sine qua non en la lucha contra la impunidad, el deber de los Estados no se agota en esta fase de enjuiciamiento, sino en la condena propiamente dicha, que debe ser adecuada y consistente con el tipo de infracción cometida.

Asimismo, en el marco del Derecho Penal Internacional, la CPI ha aclarado que, aunque los Estados detentan un alto margen de apreciación para determinar el tipo y la duración de las penas, en todo caso “deben satisfacer

objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores. (Stewart, J., 2015, citado por Corte Constitucional, 2017, p. 288)

Y respecto al deber de investigar, juzgar y sancionar, materia de la presente investigación se ha referido específicamente:

Este mismo entendimiento del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD. HH. y las infracciones al DIH ha tenido la CPI. Justamente, este organismo ha concluido que la impunidad no se da por superada con la sola atribución formal de responsabilidad en una sentencia judicial, sino con la imposición real y efectiva de la condena correspondiente, esto es, con una restricción objetiva de la libertad que sea proporcional con la infracción cometida, y que por tanto, la CPI únicamente da por satisfecha las obligaciones del estado colombiano en relación con el ER, cuando se ejecuta adecuadamente la sanción impuesta.

Es así como la fiscal adjunta de este organismo sostuvo, en relación con Colombia, que aquellas personas dentro de las FARC y el ELN que presuntamente eran los más responsables por los crímenes más graves cometidos habían sido sometidos a procesos nacionales genuinos. Esta conclusión se alcanzó sobre la base de las condenas dictadas por las autoridades colombianas contra líderes de las FARC y el ELN por conductas relevantes para la CPI. Sin embargo, esta conclusión estaba sujeta a la adecuada ejecución de las penas (...) cuando el proceso resulte en una condena, la evaluación de la voluntad real también abarcará la pena impuesta.

Este es el motivo por el que, en el informe intermedio sobre su examen preliminar, la Fiscalía consideró que eran genuinos los procesos llevados a cabo contra los líderes de las FARC y el ELN, que fueron condenados in absentia, siempre que se haga una adecuada ejecución de las sentencias (...) la forma en que un acuerdo de paz afecte los procesos a nivel nacional tendrá un impacto sobre el examen de la Fiscalía acerca de la admisibilidad de los casos (...) la aplicación de las disposiciones del ER debe ser consistente con su objetivo principal: terminar con la impunidad de los crímenes más serios.

Con este propósito, el ER, y otros instrumentos internacionales, reiteran la obligación de los Estados miembros no solo de investigar y perseguir, sino de castigar a los perpetradores de tales crímenes. (Bensouda, F., 2013, citado por Corte Constitucional, 2017, p. 289)

La Corte responde a este requerimiento haciendo énfasis en que para la aplicación de la JT se reconocen tres tipos de derechos a las víctimas que obligatoriamente reconfiguran las medidas punitivas y procesales según las prerrogativas penales que se consideren para el fin del conflicto. Los derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación Integral. (Corte Constitucional, 2017i)

A la **verdad** le sobreviene el conocimiento judicial y no-judicial de los hechos ocurridos que se traducen en conductas reprochables penal y éticamente, las características de lo ocurrido tanto en responsables como en circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar. Al segundo, el derecho a la **justicia** como el derecho que tienen las víctimas a que tales actos sean investigados, juzgados y sancionados. Y al tercero, la **reparación integral**, que comprende la resolución de la situación de las víctimas a la mejor posible tras la ocurrencia de los hechos.

Enmarcados ya en el ámbito de la JT se limita el marco de la **justicia** al darse prioridad a los mecanismos administrativos de **reparación integral**. La Corte permite esta flexibilización solo en la medida que representa el mecanismo viable para una paz estable y duradera. Y esto resulta necesario porque de otra manera el compromiso/fin de la paz sería un ideal inalcanzable, en la medida de que es absolutamente requerido para materializar el desarme de los grupos beligerantes. “Se trata de una decisión política y práctica del legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional”. (Corte Constitucional, 2017, p. 292)

Según la Corte, tras este objetivo se debe hacer una priorización de la persecución penal que permita mediante una racionalización adecuada lograr una menor impunidad a la acontecida en procesos anteriores. La priorización que se aboga en la JEP permitiría resaltar la búsqueda de los responsables más graves a los DD. HH. y desplegar el aparato logístico necesario para su juzgamiento como instrumento de PC en un proceso de JT. Recurrirá la Corte a varias sentencias sobre el tema:

Desde el punto de vista teórico, la priorización es un técnico de gestión de la investigación criminal, que consiste en reagrupar casos individuales, de conformidad con patrones criminales, contruidos a partir del cruce de diferentes variables (temporales, geográficas, calidad de la víctima, etcétera), y de esta forma, concentrar los esfuerzos investigativos hacia determinados sospechosos u organizaciones criminales. (Corte Constitucional, 2015)

Advertidos de esta necesaria priorización, la Corte converge entonces en apoyar la búsqueda de un proceso de JT enfocado en perseguir a los mayores responsables de los delitos de lesa humanidad y de guerra. La Corte pasa a referenciar la posible justicia a

implementarse tras la vinculación y condena, conteniendo varias alternativas a la JO. Se enuncia consiguientemente la característica de esta JT hacia las víctimas como eje motor<sup>22</sup>:

- (i) derecho a que se enjuicien los máximos responsables de CCCPI.
- (ii) la suspensión de la pena no puede operar para máximos responsables de CCCPI.

El punto más álgido de discusión sería la judicialización de la cadena de mando. La fiscal de la CPI es enfática en resaltar en su revisión al AL N.º 1 de 2017 la notable diferencia del artículo transitorio 24<sup>23</sup> con lo dispuesto por el ER. Veámoslo:

ER Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
  - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos. (CPI; 2002, p. 17)

Artículo transitorio 24. Responsabilidad del mando.

(...) La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La

---

<sup>22</sup> Mencionaremos los dos puntos referidos a nuestra investigación.

<sup>23</sup> Análisis al AL N.º 1/2017 como referencia usada por la fiscal Bensouda para su crítica.

responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

- a. Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;
- b. Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;
- c. que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y
- d. que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión. [Subrayado fuera de texto]. (Bensouda, F. 2017, p. 5)



Se aprecia la diferencia de lineamientos entre la norma colombiana y el ER (Bensouda es enfática en reclamarlo), esto especialmente en el carácter “omisivo específico” del sujeto responsable a partir de su potestad de mando. Según Bensouda, la responsabilidad asignada al superior jerárquico para el DI es de carácter “omisivo general” en lo que se traduce como dejar de ejercer una responsabilidad. En sus palabras: “La responsabilidad del mando no requiere el mismo tipo de control sobre el crimen y se centra principalmente en el abandono, por parte del jefe militar, de sus deberes con arreglo al Derecho Internacional”, (Bensouda, 2017, p. 6)

La sentencia C-174 de 2017 reconoce este señalamiento y lo describe resolviendo todos los puntos alrededor del mismo:

1. La exigencia del área de responsabilidad del superior: Bensouda expone que un superior puede conocer accionar bélico y tener injerencia material en él sin que este haya sido delimitado por control asignado. Imponer responsabilidad solamente vía requisitos formales genera impunidad. Dirá la Corte:

(ii) La exigencia de que los delitos de base sean cometidos dentro del área de responsabilidad del superior, con lo cual se podrían dejar de criminalizar los delitos en los que el alto mando tenía un control efectivo en áreas que formalmente no le fueron asignadas para su control, “reviviendo los requisitos de iure para establecer la existencia de control efectivo, [y se] ignora la realidad de los poderes que el superior tuviese realmente. (Corte Constitucional, 2017i, p. 361)

2. De acuerdo al anterior; que el superior jerárquico posea una capacidad de responsabilidad por asignación de mando (*de iure*), y no material (*de facto*), redirecciona la responsabilidad hacia la formalidad por sobre la realidad de los hechos. Bensouda expone: “la

disposición excluye en los hechos la responsabilidad penal de los superiores que tenga poder y autoridad de facto para prevenir (o castigar) el crimen de un subordinado, pero carezcan de autoridad de *iure*". (Corte Constitucional, 2017i, p. 361)

La exposición del artículo 24 transitorio restringiría entonces a aquellos superiores que desbordan atribuciones legales a través de su reconocida potestad material jerárquica. Desvirtuar la responsabilidad se refleja entonces al desconocer que altos mandos proveen órdenes de ejercicio militar en territorios o jurisdicciones ajenas a las de su rango.

3. Por la misma razón se desvirtúa la aplicación de la JT a superiores al restringir *de iure* la investigación. Y esto se procura al evitar la responsabilidad de los ejecutores superiores si solamente se pretende control efectivo a través de rangos intermedios. De nuevo Bensouda: "los superiores de mayor jerarquía que ejerzan el control efectivo a través de subordinados intermedios (...) y a aquellos individuos que potencialmente tienen algunas de las responsabilidades más grandes". (Corte Constitucional, 2017i, p361)

Por último, es necesario insistir en que la responsabilidad según los lineamientos de la CPI debe ser de obligaciones y no necesariamente de actividades realizadas. La responsabilidad debe ser vista como un deber de conocimiento. (Corte Constitucional, 2017i, p. 361) Bensouda:

La exigencia del conocimiento actualizable por parte el superior jerárquico, con lo cual se podrían dejar de sancionar aquellos casos en que los altos mandos tenían razones para saber o tenían el deber de conocer sobre la potencial o real realización de los delitos de base. (Corte Constitucional, 2017i, p. 361)

Este tipo de judicialización deviene como una característica circunstancial para el caso del conflicto colombiano, que por interpretación consuetudinaria internacional aboca en

impunidad. Preocupada la Corte por esta interpretación se permite hacer una propia desde el filtro de la JT. En ella reconoce que el legislador secundario admite la necesaria persecución penal para los CCCPI y la normatividad colombiana la asegura previendo las imputaciones para el efecto. La Corte cita el instrumento de la autoría mediata y lo define:

Desde esta perspectiva, cuando en el marco de una estructura vertical de poder una persona que tiene la autoridad y el mando efectivo se vale de sus subordinados, utilizándolos como instrumentos para realizar la conducta típica, quienes actúan en una causal de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad, se entiende que el autor del delito es el superior jerárquico.

(Corte Constitucional, 2017i, p. 363)

En su argumentación, la Corte conceptúa dogmáticamente a favor de la implementación colombiana de fenómenos como la coautoría, la codeterminación y la complicidad. Lo hace también refiriéndose a las formas de la acción (desde la comisión hasta la omisión), mencionando los artículos 86 y 87 del “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra”, a disposiciones consuetudinarias adicionales del CICR (regla 153), y al canon 28 del ER. Todo para codesignar la estructura del *Derecho* nacional como un marco de fusión entre lo local y lo internacional<sup>24</sup>. Ahora bien, desde aquí la Corte realiza su interpretación de flexibilización de las normas que entran en vigor al ordenamiento nacional. Esta es su argumentación sobre el deber de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI:

Y desde este punto de vista, la fórmula de la responsabilidad de mando del Estatuto de Roma no debe ser entendida como un tipo penal autónomo ni como una estructura rígida e inamovible que deba ser incorporada

---

<sup>24</sup> Esta es la tarea que venimos ejemplarizando como manual de desarrollo benéfico para la defensa de los DD. HH. y como eje superior del orden constitucional incluso. Elemento reconocido por el profesor Daza en su propuesta que reclama la persecución de los CCCPI prioritaria para el Estado que suscribe TI.

directamente en el derecho interno, sino como un deber de penalización que puede materializarse a través de las categorías que el constituyente o el legislador estime convenientes para enfrentar ese fenómeno específico.

Y en este escenario, la cuestión relevante no es si la figura de la responsabilidad de mando se convierte en una estructura autónoma de imputación, ni si se reproducen los criterios de imputación previsto en el Estatuto de Roma, sino si se recoge y se criminaliza adecuadamente el fenómeno que se pretende atacar.

Así pues, la fuente jurídica de la responsabilidad del superior no radica tanto en el artículo 28 del Estatuto de Roma, ni en el artículo 86 del Protocolo I adicional a la CI de Ginebra, ni la Regla 153 de las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario, sino el principio subyacente a todas estas normas, que exige responsabilizar a los superiores, militares y no militares, por su omisión en el deber de prevenir y reprimir las conductas criminales de sus subordinados, habiendo tenido conocimiento o debiendo haber conocido de tal circunstancia. (Corte Constitucional, 2017i, p. 370)

Desde esta perspectiva/interpretación a juicio de la Corte el artículo 24 transitorio no desconoce el deber de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI del artículo 28 del ER enunciando 4 razones<sup>25</sup>:

#### **A) Coincidencia en la estructura de articulados**

Según la Corte, es más el grado de equivalencia entre ambos basándose en su estructura de fondo que en las diferencias reclamadas por la fiscal; ya que estas son dadas

---

<sup>25</sup> Para mayor comprensión y detalle del lector es necesario parafrasear algunos de los argumentos.

solamente en criterios de valoración para la determinación de la conducta (su alcance). Para la Corte, la aplicación del derecho doméstico no se aparta drásticamente de la descripción del ER debido a que la norma interna se desarrolla siguiendo el eje de persecución primario internacional; así:

- (i) Responsabilidad de un tercero con autoridad.
- (ii) Conducta responsable de tipo omisivo (por no evitar hechos o no sancionar).
- (iii) La responsabilidad se extiende inclusive a la hipótesis de la omisión.
- (iv) En ambos se exige el elemento subjetivo de conocer o poder inferir la comisión de delitos.

Advirtiendo la Corte que la aplicación del artículo 28 del ER es de carácter general y en tanto el precepto 24 transitorio es específico, al caso de la JT se vincula más al DIH:

La fórmula del artículo transitorio 24 coincide con la fórmula del Protocolo I adicional a la CI de Ginebra, ya que la alusión al conocimiento actual o actualizable como requisito para la configuración de la responsabilidad, debe ser interpretada en concordancia con la exigencia del mismo precepto sobre la necesidad de que el superior cuente con información a su disposición, antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta. Y mientras el artículo transitorio 24 se refiere al control efectivo sobre la conducta delictiva del subordinado, el Estatuto de Roma exige el control general sobre el subalterno. (Corte Constitucional, 2017i, p. 374)

Mediante una interpretación propia del principio de complementariedad, la Corte determina que para el derecho interno es más aconsejable la aplicación de una normativa internacional que otra; así entonces prevé la distinción de qué le es aplicable a la JT local a través de la postura política de lo que favorece al proceso de paz. La Corte propone que el DI

de registro relativamente nuevo provee cuestiones de aplicación y evolución alternativas que ofrecen distintas posturas de seguimiento a las conductas punibles con un marco procesal de implementación que dista poco de lo polémico. La Corte lo expone como la manera para aplicar una directriz especial que sobreviene con mejor resultado que las demás:

Frente a este fenómeno, el derecho internacional ha delineado, primero por vía jurisprudencial, y posteriormente por vía normativa, la figura de la responsabilidad de mando. De hecho, el instituto de la responsabilidad de mando tuvo un origen jurisprudencial, y se estructuró a partir de principios generales, y no de una regla definida, formal y definitivamente establecida, y tan solo tardíamente fue positivizado en el derecho penal internacional y en el derecho internacional humanitario. Y a nivel normativo, este propósito se ha canalizado a través de distintas fórmulas que han evolucionado a lo largo del tiempo, y que incluso hoy en día coexisten en el derecho internacional y que son objeto de avivados debates. (Corte Constitucional, 2017i p. 366-367)

Y así, en su fallo, considera la Corte que su flexibilización punitiva individual se presenta en procura de la persecución a la macroestructura criminal fundante y protagonista del conflicto. Esto es concordante con el compromiso de paz del gobierno Santos para resolver medidas como la negativa a la extradición. Esta es una conclusión definitiva de esta investigación: la aplicación se fundamenta en unos artículos firmados por un Estado que luego son desarrollados de la manera más conveniente según el período de Gobierno de quien los lleva a la práctica. Se materializaría un proceso de paz en un Gobierno interesado en la reinserción y entrega de armas, pero el siguiente pretendiendo lo contrario genera repercusiones políticas superiores a lo formal de un AF.

Lo anterior encuentra eco en las palabras de Luis Gonzalo Lozano Pacheco<sup>26</sup> (2014):

Lo expuesto señala en forma clara, el sustento político del derecho penal en fase transicional, el cual resulta flexibilizado en sus principios y en las consecuencias punitivas, en razón a las consideraciones políticas que ocurren en un momento histórico determinado, como ocurre en el proceso de negociación, mediante el cual, se busca superar el conflicto armado interno de varias décadas en Colombia, que ha dejado un pasado de abusos y graves violaciones a los derechos humanos como se indicó en precedencia. (Lozano, 2014, p. 13)

Pasando a otra circunstancia controversial de implementación de la JT se seguirá a DeJusticia. En su análisis, se dispone que la violencia sexual ejercida a las mujeres no debe mantener las sanciones de la JO, ya que si esto es teóricamente favorable para las víctimas en la práctica la realidad es que la medida no resulta para nada favorable, siendo las ONG<sup>27</sup> las que más reclaman por el mantenimiento de la norma tal y como está en la JT.

¿Cuál es la razón de la postura a favor de disminuir las penas? La respuesta aborda la complejidad del proceso judicial ordinario que desborda en una impunidad considerable (más del 90 %<sup>28</sup>). Para las ONG en JT es necesario que los actores armados confiesen sus delitos

---

<sup>26</sup> Abogado, Magister en derecho penal, candidato a doctor en derecho por la U. Libre.

<sup>27</sup> Petición firmada por Women's Link Worldwide, Dejusticia, la Ruta Pacífica de las Mujeres y la Red de Mujeres Víctimas y Profesionales.

<sup>28</sup> “De acuerdo con la Mesa de Seguimiento al Auto 092 de 2008 en su anexo reservado —auto que estudia en profundidad la situación de las mujeres víctimas—, la impunidad en los casos priorizados por la propia Corte Constitucional en dicho auto y en el Auto 09 de 2015 sobre violencia sexual, alcanzaba en 2016 noventa y dos y noventa y siete por ciento respectivamente”. Tomado de **Bautista, Ana Jimena**. (2017). “Violencia sexual en la JEP: Más penas no son más verdad”, “el Centro Nacional de Memoria Histórica sumó su informe: “La Guerra Inscrita en el Cuerpo” en el que registró que desde 1959 se presentaron un total de 14.982 casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado, teniendo como principales victimarios a grupos paramilitares y guerrilleros. Entre 2008 y 2012, en el país al menos 274 menores de edad fueron agredidos sexualmente, y a diario, en medio de las hostilidades. Como si fuera poco, el último Estudio Criminológico de la Policía Nacional de 2016 registró “un incremento muy importante del 87 % comparando los casos denunciados en los años 2013 (11.546 casos), 2014 (12.569 casos) y 2015 (21.627 casos)”. En **Macías, Javier Alexander**. (2017). “Víctimas de violencia sexual piden que estos delitos queden en la JEP”.

(siendo objetivamente por actividad procesal y policiva la única manera práctica para su persecución). El endurecimiento que proponía el Congreso, y finalmente rechazó la Corte, se configura más como populismo punitivo pues evita la confesión de los sujetos y estos, en rechazo a pagar condenas ordinarias los llevaría a la negativa de responsabilidad, y por ende a la pérdida de la posibilidad de verdad y reparación:

Esto porque, a su juicio, pese a que a primera vista pareciera que se protegen con penas más altas de cárcel los derechos de las víctimas, la experiencia de los procesos de justicia transicional en Colombia demuestra que, en realidad, esta medida retrasa su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

(El Tiempo, 2018)

Para las ONG, si de entrada los victimarios saben que recibirán penas altas de cárcel en lugar de las que contempla el AF:

Es muy probable que no tengan razones para reconocer crímenes sexuales contra niñas, con lo que el Estado tendría que entrar a probarlos y las víctimas tendrían que esperar mucho tiempo para obtener verdad, justicia y reparación. (Bautista, 2017)

Entran en contradicción el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 que niega los subrogados penales y el 146 del Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP con el numeral 60 del AL:

60. Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJNRN mediante declaraciones individuales o colectivas.



Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. (Acuerdo Final, 2016, p. 165)

Artículo 146. Las sanciones a las que se hace referencia en el Título IX de la presente ley no serán aplicables a quienes hayan cometido cualquier tipo de delito sexual contra Niños, Niñas o Adolescentes.

A los infractores a los que se hace referencia en el inciso anterior se les aplicarán las penas y sanciones contempladas en la Ley 599 de 2000 o la que haga sus veces, y no procederán ninguna clase de beneficios o subrogados penales, judiciales y/o administrativos, incluyendo los que se consagran en la presente ley. (Congreso de Colombia, 2017, p. 72)

DeJusticia abogaría por la inconstitucionalidad del artículo 146 por abiertas contradicciones con el artículo 13 transitorio y el artículo 1 transitorio del AL N.º 01 de 2017 y con la naturaleza del AL N.º 02 de 2017, argumentando que la implementación legislativa posterior a los acuerdos introduce una violación a los principios de proporcionalidad y al de buena fe.

La Corte, en la sentencia C-080 de 2018, mantendría la posición inicial al considerar que el Congreso no es el órgano competente para cambiar las sanciones ya estipuladas. Se genera entonces un choque entre PC y DI donde la norma internacional resulta poco cooperativa para la PC de la JT, especialmente en prevención a la impunidad. Este es un episodio de contradicciones: se pretende evitar la impunidad, en casos que son generalmente impunes. Opinaría el actual procurador al respecto (en contra):

El procurador da su diagnóstico, y lo indicado no es criticarlo como enemigo de la paz sino estudiar su tesis; cotejarla con la normatividad vigente y con la jurisprudencia nacional e internacional; ver que organizaciones como Naciones Unidas y Human Rights Watch han hecho advertencias similares; examinar el Acto Legislativo en que se plasmó el marco jurídico para la paz, y reconocer que su contenido no es suficiente para el logro de los objetivos en la materia, todo con el propósito de verificar qué reformas sería indispensable introducir, aunque, desde luego, sin violar los principios y reglas del Derecho Internacional Humanitario, aplicable inclusive en procesos de justicia transicional, y sin consagrar la impunidad. (Hernández, 2018)

### **B) La política criminal en la JT**

El segundo punto de la Corte es aún más controvertible pues es definitivamente PC en acción. Afirma la sentencia:

Debe tenerse en cuenta que la figura de la responsabilidad de mando no fue concebida para criminalizar a quienes cumplen un rol esencial en la acción criminal, sino para sancionar un fenómeno delictivo muy específico, referido a la omisión en el deber de control de los subordinados.

Por tanto, las diferencias entre el artículo transitorio 24 y los estándares del Estatuto de Roma no implican automáticamente una anulación del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DD. HH. y las infracciones al Derecho Internacional humanitario, pues en escenarios de transición este deber podría contraerse, como efectivamente ocurre en el actual escenario de transición, a los máximos responsables, es decir, a quienes cumplen un papel esencial en la comisión de los delitos de genocidio, de lesa

humanidad y de los crímenes de guerra, y la omisión en el deber de control no envuelve necesariamente la condición de máximo responsable. [Subrayado fuera de texto]. (Corte Constitucional, 2017, p. 374)

Lo que precisamente reclama la fiscal es este deber vulnerado de persecución a los grandes responsables (los que están detrás de las órdenes primarias), al no determinarse a la manera en que el ER especifica. La disposición de la Ley Estatutaria de la JEP (transcribimos el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019) es cercana a la visión de persecución a mandos intermedios y altos, pero adolece de la postura estricta necesaria para evitar la impunidad. No obstante, en el mismo artículo se estipula que la figura del “control efectivo” debe establecerse conforme al DI. Esta aclaración de la Corte no tendría sentido más allá de seguir una PC de investigación a medias por JT.

Artículo 67. Responsabilidad de los mandos de las Farc-EP.

La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional. [Subrayado fuera de texto].

(Congreso de Colombia, 2017, p. 32)

### **C-D) La simbiosis entre DI y DL**

Siguiendo con su línea, la Corte enuncia que la aplicación del artículo 24 transitorio opera a través de una simbiosis entre derecho operativo doméstico– JT–DIH permitiendo seguir unas estipulaciones acorde con los estamentos internacionales para el fin de una guerra y la posible persecución de los máximos responsables de CCCPI. Lo que se impulsa con esta escogencia deliberada de TI es una posible capacidad del Estado de hacer frente a un posacuerdo. La responsabilidad penal, según la Corte (2017), está comprometida y condicionada a su contraparte de paz, verdad, reparación y no repetición. Eso es definitivo para la Corte y lo reconoce como fundante en sus consideraciones:

No encuentra la Corte que la remisión del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 a la legislación doméstica, al derecho operacional de la fuerza pública y al Derecho Internacional humanitario, más no al Derecho Penal Internacional, se traduzca en una supresión del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los DD. HH. y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. [Subrayado fuera de texto]. (Corte Constitucional, 2017, p. 375)

¿Dónde queda el PL (flexible o estricto)? Se encuentra diluido conjuntamente en la obligación de respetar disposiciones internacionales por TI, pero que cede a una realidad innegable: los condicionamientos generales de practicidad política interna y/o externa afectan las disposiciones normativas (incluso las de carácter imperativo). La pregunta que irremediamente sigue será: ¿si se le incumple a la CPI nos procesarán por esto? La respuesta se volca entonces hacia la priorización de una circunstancia especial histórica en el mundo que se pretende ejemplarizante.

La última pregunta y con naturaleza concluyente deviene así: ¿La CPI hará revisión a la impunidad en los CCCPI por interpretación ajena al ER? La respuesta es ambigua: (i) Si para las potencias es políticamente imperativo hacerlo es muy posible que haya una revisión internacional en un futuro no tan lejano. Esto porque el DI responde en su sapiencia a condicionamientos de respeto a la legalidad en sus textos que pueden evidenciarse no fueron tenidos en cuenta estrictamente para la aplicación de la JEP. (ii) Si no es considerado necesario por el eje internacional: FMI y Consejo de Seguridad (del cual Colombia ahora hace parte), no habrá ninguna intromisión contundente.

¿Cómo hacerse al espaldarazo internacional? La manera es actuando estrictamente para la introducción o exclusión de los diferentes sujetos que se acercan a la JEP. Siendo así, el 29 de agosto de 2019 las disidencias de las FARC encabezadas por dos de sus máximos negociadores Jesús Santrich e Iván Márquez retornan a la clandestinidad, a lo que la JEP responde con la aplicación de los artículos 5 transitorio del Acto Legislativo 001 de 2017 y el 20 de la Ley Estatutaria.

#### **PARA INGRESAR:**

Artículo 20. La JEP verificará el cumplimiento del siguiente Régimen de Condicionalidad:

(i) Obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5° del artículo 1° del A.L. 01 de 2017. La obligación de aportar verdad plena implica, entre otros, aportar información, cuando se conozca de ella, sobre los bienes adquiridos de manera ilegal y de quienes hayan prestado su nombre para adquirirlos, tenerlos, administrarlos y poseerlos en el marco y el contexto del conflicto armado.

(ii) Garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos dolosos cuya pena mínima de prisión sea igual o superior a cuatro (4) años y que afecten los bienes jurídicos: a la vida e integridad personal, contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, la libertad individual y otras garantías, contra la libertad, integridad y formación sexuales, orden económico y social, recursos naturales y medio ambiente, contra la seguridad pública, contra la salud pública, contra los mecanismos de participación democrática, contra la administración pública, contra eficaz y recta administración de justicia, contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional y legal, así como el delito de extorsión, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1°) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados.

(iii) Contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular, manifestar la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos. En el caso de las FARC-EP el tratamiento especial de la JEP también está condicionado a la verificación del cumplimiento de (a) la dejación de armas, b) obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral y (c) la entrega de menores de edad. En los supuestos no amniables ni indultables, para la definición de la situación jurídica o para recibir y cumplir las sanciones previstas en el SIVJRNR, es necesario reunir las condiciones que sobre verdad, reparación y no repetición se establezcan en el mismo, cuando se hayan puesto en funcionamiento todos los 7 componentes del SIVJRNR. El

grado de contribución voluntaria de cada persona o colectivo a la verdad estará en relación con el tratamiento a recibir en la JEP.

#### **PARA EXPULSIÓN:**

Parágrafo 1°. El incumplimiento intencional de cualquiera de las condiciones del Régimen de Condicionalidad, o de cualquiera de las sanciones impuestas por la Jurisdicción Especial para la Paz, tendrá como efecto, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2017, la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías. Dicho cumplimiento será verificado caso por caso y de manera rigurosa, por la Jurisdicción Especial para la Paz.

#### **Conclusiones: Un esbozo a la flexibilización del DP como persecutor de los CCCPI en la JEP**

La JT conlleva una jurisdicción especial que en Colombia acompaña al proceso de paz y reconciliación con las FARC. Fue establecida con la idea de impulsar una paz viable y duradera fomentando la entrega de las armas de los grupos beligerantes y representa su reincorporación a la sociedad civil; pero este escenario se encuentra sometido al escrutinio de la CPI en tanto se trata de un órgano persecutor de los CCCPI que puede eventualmente actuar a través del principio de complementariedad en sus Estados Parte.

Advirtiendo esta potestad, el Estado colombiano viene implementando en la JEP la aplicación imperativa de los derechos de las víctimas en un proceso judicial conforme a los parámetros de la JT. No obstante, la necesaria priorización de la paz reclama considerar la flexibilización del derecho a la justicia por sobre la verdad y la reparación integral.

Casos, circunstancias y hechos diversos alrededor de un conflicto de tantos años generan múltiples y variados enfrentamientos con todo tipo de normas del ámbito de la JO

versus la desarrollada en un principio de oportunidad procesal. Asimismo, la fijación de una legislación afectada por el cambio radical de Gobierno (de uno pro-paz a otro, pro-guerra), dramatiza aún más las posibilidades de un fin previamente establecido y ahora en dudas de ser alcanzable. No solo desde lo político de un decreto presidencial, sino desde la interpretación constitucional en claro enfrentamiento sumado a la indisposición del legislativo por cumplir con los Acuerdos. Tarea difícil para una paz hoy y que es observada por el globo como la primera intención de dar por terminado pacíficamente un conflicto interno.

Fue posible apreciar entonces que el deber de investigar, juzgar y sancionar obedece a este patrón político internacional. No solamente es la aplicación de una norma internacional asimilada por TI refrendado (PL), sino la capacidad del Estado colombiano de enfocarse en acercarse a las condiciones reclamadas por la comunidad internacional, especialmente en lo que respecta al seguimiento del DIH, el DIDH y demás Convenciones de DD. HH. ratificadas. Conforme a ello, se desprende una infraestructura judicial de estrados y operativa que pretenda su implementación en lo que le sea posible. Argumento que abraza la Corte para dar su apoyo a lo conciliado en el Congreso y demás normatividad mediante la flexibilización de los principios a seguir *stricto sensu* del DI.

Por todo lo anterior, esta normativa que se describe como la JEP y todo el Proceso de Paz en sí, viene padeciendo de tires y aflojes entre críticos y defensores. Ya sea desde la academia, las ONG, legisladores y funcionarios, hasta los tratadistas extranjeros y miembros de instituciones de poder externo. Hoy por hoy la JEP está en la mira de todos. Son quince años para hacer algo que no se ha logrado ni en 25 en Europa y que no se ha hecho jamás: una paz “civilizada” que como todo proceso requiere ciertas permisiones de impunidad. La tarea de la CPI es que no sea excesiva. No es factible ir más allá de esta alusión, pues esta



investigación está en el medio de la implementación de la JEP (que en un futuro podría darse con mayor puntualidad de resultados).

## Capítulo Quinto. Conclusiones generales

Desde el inicio de este trabajo se examinó la naturaleza del PL como elemento integrante de aplicación y protección de los DD. HH. Se determinó que los derechos son la batuta mediante la cual se expresan los reconocimientos democráticos del mundo occidentalizado y, a su vez se comprendió que en su implementación teórico/práctica se debate entre una política liberadora y otra de dominio de las potencias hacia los países en desarrollo.

Se estudió la naturaleza de la actual doctrina jurídica imperante en nuestro país: el neoconstitucionalismo. Revisándola, se estableció que esta prevé una posición de elite de los principios jurídicos, promotora de DD. HH. como prioridad de aplicación para la justicia como eje fundante. En una revisión a esta, puesta en práctica, se observó que los principios pueden ser valorados de acuerdo con quien realice la interpretación y lleve a cabo la administración de la ley. No obstante lo anterior, se entendió que por el momento es la mejor posibilidad con la que se cuenta para la protección de la dignidad humana.

En esta visión crítica de los principios como herramienta de doble filo, se examinaron las características de su análisis con el debate *iusnaturalismo/iuspositivismo*. Ello, para desarrollar en su esencialidad el PL como herramienta del DI en la ejecución de políticas garantistas universales que aboguen por una propuesta que permita la persecución de delitos execrables contra la humanidad.

Se estableció que se presentan siempre dos patrones de implementación drásticamente diferenciadores que desembocan hacia una postura rígida y otra flexible. Patrones que tienen su razón de ser en dos fenómenos propios del Derecho: **la prescripción y la irretroactividad**. El primero reconoce que, existiendo un victimario, el accionar de persecución punitiva contempla un período de tiempo equis (x) para su ejecución.

De igual manera, el segundo comprende la incapacidad del Estado para contemplar medidas de sanción no previstas en la adecuación típica. En dogmática, sería que no hay acción punible doméstica sin norma interna que la legitime. Este, en su naturaleza ontológica, condiciona la rigidez del principio a analizar. Por otra parte, el **PL flexible** se desarrollaría entonces como la evolución de este fenómeno interpretado desde la postura de aplicación del DI.

Para hacer este progreso evolutivo del PL el PIDCP provee una promulgación ambigua de su normatividad en su artículo 15. Esto porque en el 15.1 desarrolla lo estricto de las garantías al procesado y en el 15.2 ofrece la priorización de los principios generales del derecho para su aplicación con el deber de prioridad a la protección de los DD. HH. Así, la puesta en marcha del 15.2 otorga una visión global del derecho penal: derechos del victimario y de la víctima.

En ese punto, se advirtió que una interpretación universalista de los principios fundantes del DI vía reclamación IC de aplicación *erga omnes* permite que un TI pueda sobrellevar medidas de compromiso para el Estado, que incluso le reconsideren en la soberanía de su propia Carta Magna por interpretación superior jerárquica. Así las cosas, la aplicación de un TI que garantice la persecución de un delito no adscrito aún al orden interno pueden llegar a generar obligaciones revisables externamente **vía principio de complementariedad**.

En este punto, se profundizó sobre el mencionado principio como herramienta para asegurar la persecución de los delitos de competencia de la CPI, en aquellos eventos en que el DPN resulte insuficiente para tal efecto en la medida que el Estado-parte se encuentre en imposibilidad o incapacidad de hacerlo, en orden a asegurar la no impunidad de los hechos más execrables atentatorios de los DD.HH. Por lo anterior, el caso a analizar es el deber de investigar, juzgar y sancionar los CICCPI.

A partir de esta conclusión se enfocó el presente estudio en llevarla a su revisión en la praxis colombiana, haciendo uso de casos históricos ejemplares donde se puede revisar qué tan afectado se encuentra el DL de las implicaciones internacionales que le rodean. Siendo esta tarea necesaria, se dividió dicha labor en tres períodos específicos de tiempo, comprendiendo las mayores vicisitudes de aplicación de la norma externa sobre la normatividad doméstica, conforme los parámetros del texto del director de la investigación.

La primera aproximación correspondió a la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial (1948), conteniendo la DUDH, la DADDH, el artículo tercero común a los Convenios de Ginebra, la CI contra el Genocidio ratificada en 1959, la CN de 1886 y el CP de 1936. Tomando el caso del origen de las guerrillas colombianas mediante el análisis histórico del sociólogo Alfredo Molano Bravo, se ofreció al lector la característica imperante del derecho para este período: el rechazo del Estado al otro, como sujeto de derechos.

Por consiguiente, se desconoció por cuenta del Gobierno los derechos a la libre opinión política, al debido proceso y a la vida de los ciudadanos herederos del conflicto interpartidista en regiones rurales abandonadas de nuestro país.

Asimismo, bajo la batuta del “Plan LASO”, nuestro país se afilió a la lucha implacable contra la idea de todo lo que significase reivindicaciones sociales. Habiendo detallado esta situación y reconociendo que los TI surgieron con varios problemas técnicos de implementación (especialmente en lo que a PL atañe), la infraestructura del DI adolecía claramente de vigor para imponer alguna condición de ejecución.

La segunda revisión se dio a partir de la ratificación del PIDCP (1976), la CADH (1985), y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (1996). La CN de 1991 y el CP de 1980 de nuevo serían las legislaciones nacionales. El evento a vincular a nuestra investigación fue el genocidio de la UP y su denuncia ante la CIDH.

Este caso (denuncia 1993, aceptación 1997) enfrentó materialmente el PL con una situación específica reclamable ante un ente superior internacional: un proceso judicial por una denuncia sobre genocidio político y su fallo. La CIDH reconocería la negligencia tras prever que (i) la CI contra el genocidio no ha entrado en vigor en Colombia y no contiene el elemento “político” como parte integral de su conducta típica. (ii) Se agotaron los procedimientos procesales internos con resultados ineficaces. Siendo así el fallo favorable para los denunciantes se dio a la manera eufemística del genocidio ocurrido, pero con normas propias de la CADH (art. 3, 4, 5, 7, 8, 16, 23, 25), de conformidad con su artículo 47b. Se reconoció que la CIDH evitando cualquier controversia posible se mantuvo en sus apreciaciones dentro de la postura de interpretación del PL rígido, actuando mediante el ejercicio del ya aludido principio de complementariedad.

Finalmente, se abordó el tercer período histórico con la implementación de los CCCPI en la legislación nacional a través de la Ley 589 de 2000. La norma internacional a entrar en vigor fue el ER de la CPI mediante el AL 02 de 2001 que la adicionaría al artículo 93 de la CN de 1991 (bajo la salvedad de 7 años contados a partir de 2002), y su contraparte nacional el CP de 2000. El caso a revisar: los “falsos positivos”.

En este contexto se evidenció el contraste entre la aplicación efectiva de los crímenes contra el DIH (taxativos en el CP) y los de lesa humanidad (perteneciente al núcleo duro de los DD. HH.). Se advirtió que las condiciones de imputación/juzgamiento/sanción de CCCPI deben hacerse siguiendo el CP vigente y las atribuciones del ER seguirían la vía del principio de complementariedad-hacia-adelante; situación que el mismo ER decreta en su artículo 11.

Así el fenómeno de la imprescriptibilidad opera desde la consideración de los delitos de lesa humanidad no existiendo mayor problemática al respecto. El meollo del asunto es la irretroactividad. Esta es abordada por la Corte en su sentencia C-578/2002 repitiendo el debate teórico-práctico (o si desea referírsele de otra manera: principio-legalista), en dos

aristas: (i) las limitaciones a la soberanía serán válidas cuando estas versen sobre la autoridad universal de los DD. HH. como deber-ser del derecho; sin embargo (ii) estas deberán haber surgido como un compromiso a asumir desde que el Estado-parte haya expresado su consentimiento de obligarse (la ratificación del TI), esto es, siguiendo las pautas que el PL rígido reclama.

Pero ¿qué sucede si en el momento de cometerse el ilícito este no estaba contemplado como tal en la Ley del Estado-parte? La respuesta se dirige a complementar esta ausencia de norma a través de la calificación de la conducta como típica desde la ley internacional. Aquí el PL flexible tiene su auge y aplica para el caso de CCCPI que no estén contemplados en una normatividad doméstica. Así no puede darse una violación a las fuentes internacionales vía la impunidad que podría proveer una conducta, no solo como prescribible sino amnistiable.

¿Cómo resolver el caso de CCCPI en nuestro país previo a 2009? La respuesta aborda el sentido de aplicación de las jurisdicciones: (i) antes de 2002: aplicación externa en CIDH y CorteIDH. Posterior a 2002: adición de la competencia de la CPI por interpretación de hechos beligerantes como de lesa humanidad. De todas maneras, este asunto pierde sentido material con la aproximación a una JT que aboga por una revisión del conflicto colombiano en su completitud.

Se realizó una revisión a los parámetros de la JEP en un capítulo dedicado por completo a la JT y las implicaciones internacionales de la CPI. Lo primero que encontramos fue que ambas jurisdicciones responden a condiciones de poder de quienes tienen la labor de ejecutarlas. Esto se nos evidenció luego de la revisión a las regulaciones de la CPI sobre los países tercermundistas y su apatía por actuaciones procesales a hechos beligerantes de las potencias. Igualmente, fue advertido en la JEP con los condicionamientos procesales dados en el Congreso por la bancada enemiga del proceso de paz, y la constante flexibilización del

componente justicia reconociendo su carácter de inferior, respecto de la verdad y la reparación.

Esto resulta de esta manera pues, a medida que se adentra en el fondo del análisis, se comprendió que lo jurídico responde a lo político (las prioridades del Gobierno de turno) y a lo económico. Para exponer esto de la mejor manera posible se ofrecieron ejemplos de diversas características de la actual JT (extradición, sala especial a militares, selección de casos, delitos sexuales a menores, CEV, autoría mediata y otros), que devienen bastante complejos en su praxis y argumentación. Entendimos que toda situación a judicializar está condicionada por el cumplimiento de una circunstancia que le afecta; en este caso, el compromiso adquirido por parte del Estado colombiano con las potencias internacionales para llevar a cabo el primer acercamiento histórico a una paz duradera tras un conflicto interno de larga data.

Más allá de esto, se destacó que son los CCCPI aquellos que ofrecen la ejecución en su mayor extensión del PL y el DP flexibles. Que esta es una propuesta de doctrinantes comprometidos con el derecho en su sapiencia (en su argumentación lógica), y que es una perspectiva a futuro a ser implementada en un cien por ciento alrededor del globo. Por ahora, es un camino que está a medio recorrer y que desde ya ofrece una visión de lo que es ese derecho que desde las aulas debe desbordar hacia la vida cotidiana.

¿Qué pasará con la CPI y el conflicto colombiano? Se contestó a esta pregunta a través de la respuesta al título de esta investigación. La flexibilización del DP presenta dos aristas claramente diferenciadoras y son los sujetos que ejecutan el derecho y aquellos que toman partido para interpretar la situación conforme las condiciones políticas les sean más determinantes.

Esto, porque la respuesta de la Corte a la fiscal Bensouda fue de vinculación del DI “a la medida” del proceso especial colombiano, lo cual funciona porque, para la Corte, los parámetros a seguir son resultado de una simbiosis entre legislación doméstica, nuestro derecho operacional y el DIH. Y así en su disertación jurídica el principio de complementariedad le resultaría facultativo a las circunstancias del período especial de posacuerdo.

Partiendo de esto, la respuesta o accionar de la CPI será en un futuro:

- Nos favorece la paz en Colombia. No se ejecuta ninguna flexibilidad en su caso omiso al compromiso de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI.
- Nos es indiferente la paz en Colombia. Se puede dejar a la fiscal Bensouda (o a quien haga sus veces) que aplique la ley que están desconociendo (según la Corte les es facultativa: situación con la que ningún doctrinante *iusnaturalista* estaría de acuerdo).

Termina este escrito respondiendo a la pregunta global de investigación: ¿Es posible la flexibilización del derecho penal frente al deber del estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los CCCPI en el marco de la JEP?

La respuesta es afirmativa en tanto como se estableció, en orden a alcanzar el cometido de superar la grave vulneración de los DD.HH ocasionada con el conflicto armado suscitado en nuestro país, la JT representada en la JEP ha delimitado su forma de intervención en puntos álgidos referidos a la punición de los ofensores, y los derechos de las víctimas, debiendo ceder en algunos puntos en orden a favorecer otros para sortear diversos factores que inciden en la efectiva aplicación de esa jurisdicción especial, pero ello siempre bajo la premisa que, en todo caso, el Estado tiene la obligación de perseguir y castigar los delitos de competencia de la CPI. Lo anterior genera en consecuencia una tensión entre el



derecho colectivo a una paz sostenible y duradera, el deber persecutor estatal de esas graves infracciones y la satisfacción de los derechos de los agraviados.

Sin embargo, dentro de la ejecución y materialización de sus compromisos con la comunidad internacional, el Estado cuenta con un margen de interpretación que permite la flexibilización de institutos del DP tanto sustantivo como adjetivo en orden al abordaje y manejo de los mismos a nivel local en el contexto en virtud del cual se propende por la terminación del conflicto, y dentro del cual puede definir diversos mecanismos para tal fin pero que, en últimas, deben siempre responder a los principios subyacentes de los TI a los cuales se ha vinculado y respetar la tipificación estricta de los crímenes internacionales del ER, por cuanto no es posible ninguna aplicación analógica de los mismos.

Y precisamente así se consideró por parte de la Corte Constitucional al dar su aval a la legislación que puso en funcionamiento la JEP, en el sentido de señalar que, pese a no haberse apegado de manera rigurosa al estatuto de Roma, no se está desconociendo el deber de perseguir y condenar los CCCPI. Es decir, se habría logrado un equilibrio entre los reclamos desde el orden internacional y las concesiones necesarias para dar fin al flagelo del conflicto sin irrespetar los derechos de las víctimas, por supuesto sin perjuicio que, en caso que eventualmente no sea así, la CPI deba intervenir vía principio de complementariedad; siendo ello lo que necesariamente habrá de aguardarse para el análisis correspondiente en tanto la JT empiece a producir resultados.

Pero volviendo al enfoque crítico propio de esta investigación, se debe decir que esa respuesta afirmativa al problema jurídico no es sin embargo reflejo de la voluntad política de los Estados contrayentes e, insistimos, se condiciona a los diferentes matices de intención de cumplimiento de compromisos previamente contraídos. En otras palabras: es lógicamente viable la instauración y sometimiento de la persecución penal según las condiciones del ER.

Pero no sin el requisito de refrendación, como diferentes jurisprudencias exponen, vía *iusnaturalismo*. Esto, porque el mismo ER condiciona su puesta en marcha a partir de su promulgación. De todas maneras, hacia atrás (en lo que respecta a Colombia), existen otras jurisdicciones que reflejan su aplicación como principio de complementariedad que fueron generando tal posibilidad como derecho que evoluciona con el tiempo.

Ahora bien, ¿podría un juez natural aplicar en el DL los parámetros del DI en sus fallos? Es claro que bajo la batuta de una dogmática de corte finalista inmersa en la interpretación del DPC y mediante la vía de defensa de los DD. HH. como eje fundante se hace viable su interpretación flexible a la manera jurisprudencial. Esto sería, como un refrendar su fallo a partir de uno fundante de las Altas Cortes. La problemática radica en el nivel de dinamismo de los jueces a la hora de circunnavegar sus fundamentos en la apertura a lo internacional. Y más importante aún, a la PC imperante tras el posicionamiento en el poder de aparatos en pro o en contra de la persecución a los CCCPI.

## Trabajos citados

**Agencia Efe.** (2016). “*Colombia no será investigada si juzga los falsos positivos. Corte*”.

**Ámbito Jurídico.** (14 de marzo de 2019). “*Precisiones de la decisión de la Corte sobre normas de procedimiento de la JEP*”. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/precisiones-de-la-decision-de-la-corte-sobre>.

**Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Elsner, Gisela.** (2009). “*Justicia de Transición – Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*”. Konrad Adenauer, Stiftung y Georg-August- Universität-Göttingen. Montevideo.

**Amnistía Internacional.** (12 de noviembre de 2014). “*EE. UU. debe aprovechar sesión de la ONU para abordar vergonzoso vacío de rendición de cuentas por torturas*”. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2014/11/eeuu-aprovechar-sesion-onu-abordar-vacio-rendicion-cuentas-torturas/>.

**Andreu Guzmán, F.** (2012). “*Retroactividad Penal de Crímenes Internacionales*” Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá.

**Aponte, A.** (2003). *Colombia*. En Ambos, K. & Malarino, E. (Eds). “*Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*”, p. 211. Uruguay: Konrad – Adenauer – Stiftung A.C. Y en Ramírez Uribe, E. “*Incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional En Colombia. Especial referencia a los delitos de Lesa Humanidad*”. Summa Iuris, 3(1), p. 116-149.

**Bautista, Ana Jimena.** (29 de noviembre de 2017). “*Violencia sexual en la JEP: Más penas no son más verdad*”. *DEJUSTICIA.org*. Mesa de seguimiento al Auto 092 de 2008 de la Corte Constitucional y Auto 09 de 2015. Recuperado de

<https://www.dejusticia.org/column/violencia-sexual-en-la-jep-mas-penas-no-son-mas-verdad/>

**Bensouda, F.** (2013). *Carta dirigida por la fiscal de la Corte Penal Internacional al presidente de la Corte Constitucional de Colombia*. La Haya. Ref.

2013/025/FB/JCCD-evdu. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-674/17.

**Bensouda, F.** (18 de octubre de 2017). “*Escrito de amicus curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre jurisdicción especial para la paz*”. En CPI. Referencia:

RPZ-0000001 y RPZ-003. La Haya. Recuperado de

<http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>.

**Bernal Pulido, Carlos.** (2008) “*El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*”. Bogotá.

**Betín, Tomás.** (29 de mayo de 2018) “Ley de procedimiento de la JEP pasa el primer debate”. *El Heraldo*. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/colombia/ley-de-procedimiento-de-la-jep-pasa-primer-debate-500682>.

**Chichón Álvarez, Javier.** (2011) “*Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: de la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el Juez español*”. Madrid.

**Chomsky, Noam.** (2006) “*Failed States: The Abuse of Power and the Assault on Democracy*”. Editorial Sol90 Madrid.

**CICR,** 1948. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>.

--. 1977. *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.

**Colprensa** (10 de julio de 2018). “‘Son muchas las personas que no quieren que se conozca la verdad’ Entrevista a Carlos Guillermo Ospina. Integrante de la CEV”. *EL UNIVERSAL*. Ibagué. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/colombia/son-muchas-las-personas-que-no-quieren-que-se-conozca-la-verdad-282432>.

**Comisión Interamericana de DD. HH.** (1997). “Informe N° 5/97 Caso 11.227 sobre admisibilidad 12 de marzo de 1997”. *Comisión Interamericana de DD. HH. (CI.DH)*. Recuperado de [https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Colombia11227.htm#\\_ftn22](https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Colombia11227.htm#_ftn22).

**Congreso Constituyente Democrático del Perú.** (28 de junio de 1995). Ley 26492. “*Caso Barrios Altos vs. Perú*”. Lima, Perú.

**Congreso de Colombia.** (30 de noviembre de 1944). [Ley 7 de 1944]. En Ministerio de Justicia y del Derecho. Juriscol. DO: 25.716 Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1562549>.

--. (31 de diciembre de 2001) DO: 44663

--. (24 de julio del 2000). Ley 599 de 2000. DO: 44.097 Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html).

**Consejo de Estado.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092). [MP. Jaime Orlando Santofimio]. p. 62. Recuperado de: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/132/S3/25000-23-26-000-2012-00537-01\(45092\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/132/S3/25000-23-26-000-2012-00537-01(45092).pdf)

**Constitución Política de Colombia.** (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No. 116.

Recuperado de

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).

**Corte Constitucional** (2018). Sentencia C-080 de 2018. *Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017*, Senado, 016 de 2017. Cámara. “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. [Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo].

Referencia: Expediente RPZ-010. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>.

--. (2015) Sentencia C-694 de 2015. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Citado en la Sentencia C-674/2017 p.293.

--. (2017). Sentencia C-041 de 2017. [MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

--. (2017i). Sentencia C-674/2017. [Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Expediente RPZ-003. 14 de noviembre de 2017. Portal oficial de la JEP. Recuperado de <https://www.jep.gov.co/Documents/Transparencia/383809236-C-674-de-2017.pdf>.

--. (1993) “*Sentencia No. C-295 de 1993*” Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio. REF.: Expediente No. D-210. Publicado por la Oficina de Relatoría de la Corte. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm>.

--. (2002) “*Sentencia C-578 de 2002*” Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)” Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente LAT-223.

Publicado por la Oficina de Relatoría de la Corte Constitucional. Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>.

--. (2016). “*Sentencia C-699 de 2016*” M.P.: María Victoria Calle Poveda. Publicado por la Oficina de Relatoría de la Corte Constitucional. Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-699-16.htm>.

--. (2017) “*Sentencia: C-041 de 2017*” Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Jorge Iván Palacio Palacio. 01 de febrero de 2017. Publicado por la Oficina de Relatoría de la Corte Constitucional de Colombia. Recuperado de:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-041-17.htm>.

--. (2017i). “*Sentencia C-674/2017*”. Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente RPZ-003. 14 de noviembre de 2017. Publicado en el portal oficial de la JEP. Recuperado de:  
<https://www.jep.gov.co/Documents/Transparencia/383809236-C-674-de-2017.pdf>.

--. (2018). “*Sentencia C-080 de 2018*” Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Referencia: Expediente RPZ-010. Control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*” Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>.

**Corte Penal Internacional (CPI).** (17 de julio de 1998) “*Estatuto de Roma*”.

A/CONF.183/9. Recuperado de

[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

**Corte Suprema de Justicia.** (16 diciembre de 2015). Sentencia SP-174442015 (45321).

Publicado por ambitoJurídico.com “*Declaración de delitos de lesa humanidad se realiza en el proceso correspondiente*”. 22 de febrero de 2016. Recuperado de:

<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Constitucional-y-Derechos-Humanos/declaracion-de-delitos-de-lesa-humanidad-se-realiza-en-el-proceso-correspondiente>.

--. (2018). Sala de Casación Penal. AP2176-2018 Radicación No. 51.134, Acta No. 71. Sentencia del 30 de mayo de 2018.

**CorteIDH.** “Cuadernillo de jurisprudencia de la CorteIDH No. 7”. Tomado de Gómez, (2013, p. 187).

**Cruz Roja Colombiana.** (2010) “*Derecho Internacional Humanitario aplicable en Colombia*” Publicado por cartilla del CICR pp. 8- 33. Recuperado de: [http://web.cruzrojacolombiana.org/publicaciones/pdf/DIH en Colombia 1472010\\_094550.pdf](http://web.cruzrojacolombiana.org/publicaciones/pdf/DIH%20en%20Colombia%201472010_094550.pdf).

--. (2014) “65 años de la firma de los convenios de Ginebra” Publicado en EL TIEMPO blogs. Acción Humanitaria en Movimiento. 20 de agosto de 2014. Recuperado de: <http://blogs.eltiempo.com/accion-humanitaria-en-movimiento/2014/08/20/65-anos-de-la-firma-de-los-convenios-de-ginebra/>.

**Daza González, A.** (2011). “*La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho*”. Universidad Libre. Bogotá. Pp. 361.

--. (2016) “*Los deberes del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los Delitos internacionales*” Bogotá. Universidad Libre. Bogotá. pp. 373.

**Derecho Penal Internacional.** “Análisis desde su exclusión Típica”. *Revista Principia Iuris* N.º 21, 2014-I. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/viewFile/931/906>.



- El Espectador.** (26 de junio de 2018). “*Centro Democrático rechazó petición de ONU de darle trámite a ley de procedimiento de la JEP*”. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/centro-democratico-rechazo-peticion-de-onu-de-darle-tramite-ley-de-procedimiento-de-la-jep-articulo-796723>.
- El Tiempo.** (2005) Redacción. “*Fechas Clave en el caso 11.227*” 05 de junio de 2005. Publicado en sección Archivo. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1635859>.
- . (Octubre 21 de 2007). El Tiempo. “*Corte Penal Internacional sigue pista a la parapolítica, asegura su fiscal jefe, Luis Moreno Ocampo*”. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3775574>.
- . (2015). “*Falsos positivos son actos de lesa humanidad: Consejo de Estado*” Publicado por sección Justicia. 10 de septiembre de 2015. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16367738>.
- . (2015i). “*Narcotráfico es un delito conexo con rebelión: Corte Suprema*” Publicado por sección Justicia. Bogotá. 24 de septiembre de 2015. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16385971>.
- . (2018). “*Piden a la Corte que, en violencia sexual, se mantengan penas acordadas*” Publicado por sección Justicia 24 de julio de 2018. Bogotá. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/piden-tumbar-cambios-al-acuerdo-de-paz-en-penas-de-violencia-sexual-contraninos-247266>.
- Embajada de Los Países Bajos.** (2012). “*Corte Penal Internacional (CPI)*”. Embajada de Los Países Bajos. Recuperado de <http://paisembajados.gov.co/node/page/3668/corte-penal-internacional-cpi>

- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo.** (2013) “Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre DD. HH. en materias penal y disciplinaria” *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, N.º 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 187-218. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/3646/3738>.
- González Ibáñez, Joaquín.** (2012) “*El Estado de Derecho Internacional y los Derechos Humanos: la aspiración de una obra en curso*”. Melbourne, Australia. Traducido por el autor.
- Gutiérrez Posse, Hortensia D.T.** (2001) “La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del Derecho Internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual” Publicación del CICR. 01-02-2001. Recuperado de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpfn.htm>.
- Hernández, José Gregorio** (2018) “*Las dos caras del proceso de paz. De la ilusión al caos*”. Cangrejo Editores.
- Huertas Díaz, Omar & Cáceres Tovar, Víctor Manuel** (2014) “Genocidio Político y
- Huertas Díaz, Omar.** (2013) “El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: Análisis desde la perspectiva de los DD. HH”. Publicado en *Revista Pensamiento Jurídico*, N.º 37, mayo - agosto, Bogotá, 2013, Pp. 24. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/38392/2/41188-186532-1-PB.pdf>.
- Human Rights Watch.** (2015). “*El Rol de los altos mandos en falsos positivos*”. Resumen por Reconciliación Colombia, “*Duro informe de Human Rights Watch sobre falsos positivos en Colombia*” Publicado 18/02/16. Texto original 23 de junio de 2015.

Recuperado de <http://reconciliacioncolombia.com/web/noticia/1728/duro-informe-de-human-rights-watch-sobre-falsos-positivos-en-colombia>.

**Lozano, Luis Gonzalo.** (2014) “Justicia transicional y Derecho Penal, una aproximación en el contexto del marco jurídico para la paz en Colombia”. *IV Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales, 27 al 29 de agosto de 2014, Heredia, Costa Rica*. 20 de junio de 2014. Recuperado de [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.8303/ev.8303.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.8303/ev.8303.pdf)

**Macías, Javier Alexander.** (2017) “Víctimas de violencia sexual piden que estos delitos queden en la JEP”. *El Colombiano*. 29 de noviembre de 2017. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/colombia/victimas-de-violencia-sexual-piden-que-estos-delitos-queden-en-la-jep-LN7780629>.

**Ministerio de Justicia y del Derecho.** (22 de octubre de 2015). “Resolución ejecutiva número 208 de 2015, por la cual se decide sobre una solicitud de extradición” Diario Oficial de Colombia. En portal jurídico v/lex Colombia. Recuperado de <https://diario-oficial.vlex.com.co/vid/resolucion-ejecutiva-numero-208-585514674>.

**Ministerio De Justicia,** (23 de enero, 1980). Decreto - ley 100 de 1980. Diario Oficial 35.461 de 20 de febrero de 1980. Recuperado de [https://normograma.info/men/docs/pdf/codigo\\_penal\\_1980.pdf](https://normograma.info/men/docs/pdf/codigo_penal_1980.pdf).

**Molano Bravo, Alfredo.** (2014). “12 textos de Alfredo Molano sobre el origen del conflicto armado”. *El Espectador*.

**Molano Bravo, Alfredo.** (7 de junio de 2014). “Nacimiento de las FARC: De El Davis a Villarrica”. *El Espectador*. Nacional. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/nacimiento-de-farc-de-el-davis-villarrica-articulo-497036>.

--. (2014) “Asalto a Marquetalia”. *El Espectador*. Publicado en sección Nacional. 14 de junio de 2014. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/asalto-marquetalia-articulo-498380>

**Moreno, María Camila.** (10 de mayo de 2017). “*Concepto técnico sobre el Decreto 588 del 5 de abril de 2017, por medio de la cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición*”. Bogotá, pp. 15. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Amicus-CEV-Final.pdf>.

**Nieto Navia, Rafael.** (2008) *¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia?* ACIDI, Bogotá, ISSN: 2027-1131, Año 1. N° 1: 139-159, 2008. Recuperado de: [http://www.anuariocdi.org/anuario-capitulos-pdf/7\\_Nieto.pdf](http://www.anuariocdi.org/anuario-capitulos-pdf/7_Nieto.pdf).

**OEA.** (1994). “CI de Belem Do Para”. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

--. 1969. Convención Americana de DD. HH. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

--. (1994) “*CI Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia contra la Mujer CI De Belem Do Para*”. Publicado en la página de Derecho Internacional de la OEA. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

**Olásolo Alonso, Héctor.** (2011). “Ensayo de Derecho Penal y Procesal Internacional”. Biblioteca Jurídica Dike – Ministerio de Justicia y del Derecho – Unión Europea – Instituto Iberoamericano de la Haya. (Bogotá).

**Organización de las Naciones Unidas ONU.** 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999,

8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Disponible:

[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

--. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

--. (1948) “*CI para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*” de 1948. Publicado

en la página del CICR. Recuperado de

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>.

--. (1966) “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” Adoptado y abierto a la firma,

ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16

de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, Publicado por la Oficina

del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los DD. HH. Recuperado de:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

--. (1968) “*CI sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa*

*humanidad*” del 26 de noviembre de 1968. Publicada en la página oficial del Comité

Internacional de la Cruz Roja (CICR). Recuperada de

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1968-war-crimes-conv-5tdm6m.htm>

--. (1948) “*CI para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*”. CICR. Recuperado

de [https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-](https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm)

[5tdm6h.htm](https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm).

**Organización de los Estados Americanos. OEA.** (1969). “*CI Americana sobre DD. HH.*

*Pacto de San José de Costa Rica*”. (Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de

noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre DD. HH.)

<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>.

**Corte Penal Internacional.** (02 de junio de 2016). *El HERALDO*. Recuperado de

<https://www.elheraldo.co/nacional/colombia-no-sera-investigada-si-juzga-los-falsos-positivos-corte-penal-internacional-264167>.

**Pastor Ridruejo, José A.** (1991) “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Madrid.

**Pinto, Mónica.** (1997) “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los DD. HH.*”. Universidad Nacional de La Plata. Disponible para descarga en: [www.derechoshumanos.unlp.edu.ar](http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

**Presidencia de la República de Colombia.** (2019) “*ABC Decisión de Objeciones sobre la Ley Estatutaria de la Justicia Especial para la Paz*”. Recuperado de <https://conexioncapital.co/wp-content/uploads/2019/03/DOCUMENTO-ABC-DECISION-DE-OBJECIONES.pdf>.

**Realpe, Paulo Ernesto.** (2014) “*El alquiler de vientres aún no tiene reglas claras en*

**República de Colombia.** (1886) “*Constitución Política de Colombia 1886*”. Alcaldía de Bogotá D.C. Recuperado de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#3>.

--. (1910) Acto Legislativo Número 3 DE 1910 (octubre 31) Reformatorio de la Constitución Nacional. Diario Oficial. Año XLVI. N. 14131. 31, octubre, 1910. Pág. 3.1 Publicado en portal del Ministerio de Justicia. Recuperado de: <http://suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559>.

- . (1936) “*Ley 95 de 1936*” Diario Oficial. Año LXXII. N. 23316. 24, octubre, 1936. Publicado por la página del Ministerio de Justicia. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>.
- . (1954) “*Acto Legislativo Número 6 DE 1954 (septiembre 14) Por el cual se decreta la prohibición del comunismo internacional*” Publicado por el portal del Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825725>.
- . (1991) “*Constitución Política de 1991*” Publicado en la página de la secretaria del Senado de la República de Colombia. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).
- . (2016) “*Acuerdo Final para La terminación del conflicto y La construcción de una paz estable y duradera*” 24 de noviembre de 2016. Publicado en el portal oficial de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Recuperado de: [https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa\\_v2/01/N01.pdf](https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01/N01.pdf).

**Reyes Alvarado, Yesid.** (14 de marzo de 2013). “*Delitos De Lesa Humanidad Y Prescripciones*”. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-y-prescripciones>.

**Reyes Alvarado, Yesid.** (2014). “*Delitos de lesa humanidad y prescripciones*”.

**Sesar, Jelena** (12 de septiembre 2017). “*Ellas no pueden olvidar. Tampoco debemos hacerlo nosotros y Nosotras*” Publicado en: *Amnesty International’s Balkans researcher*. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/09/they-cannot-forget-neither-should-we/>

**Stewart, James.** (13 de mayo 2015) “*La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*”. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-674/17

**Téllez Dau, Yanina.** (S.F.) “*DD. HH. En Las Constituciones De Colombia*” Derecho Internacional Público y DD. HH. Grupo de DD. HH. Red de DD. HH. Investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho de la universidad Libre seccional Barranquilla. Recuperado de [www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/publicaciones/d%20fund.doc](http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/publicaciones/d%20fund.doc).

**Urrego Mesa, Alirio.** (02 de marzo de 2004) *El Tiempo*. Archivo. Bogotá. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1547221>.

**Valencia Villa, Alejandro.** (2011). “II Calificación de los crímenes de lesa humanidad en América Latina: algunos comentarios en el caso colombiano”. En: “*Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*” I, 2011. pp. 123-124. Edita: Tirant Lo Blanch C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 Valencia. (España). [http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10485/Perspectiva\\_Iberoamericana\\_Justicia\\_Penal\\_Intenacional.pdf](http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10485/Perspectiva_Iberoamericana_Justicia_Penal_Intenacional.pdf).

**Verdad Abierta.** (15 septiembre 2016). “*Exterminio de la UP fue un genocidio político*”. Sección Justicia Transicional. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/victimas-seccion/asesinatos-colectivos/4390-exterminio-de-la-up-si-fue-un-genocidio-politico>.

-- (2019). “*Objeciones a ley estatutaria, ¿el ‘caballo de Troya’ para reformar la JEP?*” Publicado el 11 de marzo de 2019. Recuperado de <https://verdadabierta.com/objeciones-a-ley-estatutaria-el-caballo-de-troya-para-reformar-la-jep/#1552279097837-b034c664-63d9>.



**Waldorf, Lars.** (2011). *“Genocidio, justicia y reconciliación en Ruanda”*. Remaking Rwanda: State Building and Human Rights after Mass Violence (Wisconsin: University of Wisconsin Press, 2011). Traducción publicada en Revista de Estudios de Política Exterior. N.º 160. Julio-agosto de 2014.