

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
(Curso académico 2021-2022)

Trabajo Fin de Máster

La sanción propia: una propuesta para castigar las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario

Luisa Fernanda Torrado

Tutor

Javier Dorado Porras

Getafe, 30 de mayo de 2022

DETECCIÓN DEL PLAGIO

La Universidad utiliza el programa **Turnitin Feedback Studio** para comparar la originalidad del trabajo entregado por cada estudiante con millones de recursos electrónicos y detecta aquellas partes del texto copiadas y pegadas. Copiar o plagiar en un TFM es considerado una **Falta Grave**, y puede conllevar la expulsión definitiva de la Universidad.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

La sanción propia: una propuesta para castigar las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario

Resumen:

¿Cuál es la fórmula más adecuada para castigar los crímenes más atroces y representativos cometidos en el marco de los conflictos armados?, esta es la pregunta que, a lo largo de la historia, Estados, académicos, movimientos de víctimas y los sistemas de protección de los derechos humanos han intentado resolver dentro de los diferentes procesos de justicia transicional que ha tenido que enfrentar la humanidad. En Colombia, a partir del Acuerdo Final de Paz firmado entre el Estado y la antigua guerrilla de las FARC-EP se presenta un modelo sancionatorio que, orientado bajo el paradigma de la justicia restaurativa propone: además de buscar cumplir de manera efectiva con la obligación de investigación, judicialización y sanción efectiva de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno, garantizar los derechos de las víctimas a lograr la justicia, la restauración del daño y la reconstrucción del tejido social de un país que no conoce su historia moderna sin las atrocidades generadas por la cultura de la violencia. El presente trabajo de investigación centrará su atención en el análisis de la figura de la sanción propia como propuesta punitiva para castigar los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado colombiano y analizará, de manera crítica, su idoneidad para cumplir con las finalidades de la pena y de la justicia transicional en Colombia.

Palabras Clave:

DERECHOS HUMANOS • JUSTICIA TRANSICIONAL • DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO • DERECHO PENAL INTERNACIONAL • SISTEMA PENITENCIARIO • CRIMENES DE GUERRA • CRIMENES DE LESA HUMANIDAD • INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO • COLOMBIA

TABLA DE CONTENIDO

ACRÓNIMOS Y SIGLAS.....	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LA PRISIÓN EN CRISIS	9
1. La aproximación sociológica al castigo y la prisión	11
2. El abolicionismo	15
3. La justicia restaurativa como propuesta de aproximación al delito	19
4. Justicia Restaurativa en la Justicia Transicional	25
CAPÍTULO II: EL DEBER DE SANCIONAR DESDE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	32
1. El sistema universal de derechos humanos	32
1.1. El derecho a un recurso efectivo y la obligación de investigar, juzgar y sancionar	32
1.1. La investigación efectiva y la justicia transicional	37
CAPÍTULO III: MECANISMOS DE ENJUICIAMIENTO PENAL INTERNACIONAL	49
1. Los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda.....	52
1.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)	52
1.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)	56
2. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.....	60
CAPITULO IV: LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ.....	68
1. El Sistema Integral de Verdad, Justicia Reparación y no Repetición.....	69
2. La Justicia restaurativa y la JEP.....	76
3. Las sanciones propias	80
3.1. El componente restaurativo de la sanción propia	82
3.2. El componente retributivo de la sanción propia	89
4. Los retos de la implementación de las sanciones propias.....	94
CONCLUSIÓN	101
BIBLIOGRAFÍA.....	105

ACRÓNIMOS Y SIGLAS

AFP	Acuerdo Final de Paz
CEV	Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
DDHH	Derechos Humanos
ETCR	Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
LEAJEP	Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP
PIRC	Planes Integrales de Reparación Colectiva
PGN	Procuraduría General de la Nación
PDET	Programas de Desarrollo con Enfoque territorial
RRI	Reforma Rural Integral
SRVR	Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad
SeRVR	Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad
SIVJNR	Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No Repetición
SIDH	Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos
SUDH	Sistema Universal de los Derechos Humanos
TOAR	Trabajos, Obras o Actividades con contenido Reparador/Restaurador
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
UBPD	Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas
UARIV	Unidad para la Reparación Integral de las Víctimas
ZVTN	Zonas Veredales Transitorias de Normalización

INTRODUCCIÓN

Debido a la realidad histórica de permanente confrontación armada vivida en Colombia desde hace más de medio siglo, el Estado ha adquirido compromisos domésticos e internacionales relacionados con la garantía de los derechos humanos, en particular, el contenido y alcance de la obligación de investigar, juzgar, sancionar a los perpetradores de las violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco del conflicto armado interno y reparar a las víctimas de tales actos. A partir de la evolución de la justicia transicional y de las experiencias vividas por países que, para la consolidación de la paz, han tenido que sacrificar justicia otorgando amnistías generales, la comunidad internacional ha crecido cada vez más enfática en identificar los límites que deben respetar los Estados a la hora de establecer las medidas más adecuadas para consolidar la reincorporación de los ex combatientes a la sociedad, evitar la impunidad por medio de castigos adecuados y garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de los hechos victimizantes.

Así, en los contextos de transición se ha mantenido vigente la discusión sobre la mejor manera para abarcar de forma integral las atrocidades cometidas en las situaciones de violencia generalizada y sistemática, de tal manera que, se logre la consolidación de la paz, el castigo ejemplarizante a los responsables y la restauración del daño causado a las víctimas. Al menos desde un punto de vista jurídico es posible afirmar que los Estados no cuentan con un margen de actuación tan amplio como en el pasado para fijar las condiciones que permitan lograr una transición hacia la paz. Desde distintos ámbitos, entre los cuales se destacan el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho penal internacional (DPI), se han fijado estándares que demarcan los límites en los que un Estado puede moverse en el marco de una transición hacia la paz, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos de las víctimas. Estos cuerpos de derecho vinculan de distintas maneras al Estado colombiano, pues en virtud de su propio consentimiento, se ha hecho parte de los tratados, declaraciones e instrumentos principales que enuncian estos derroteros.

Bajo ese marco, el Acuerdo Final de Paz (AFP) colombiano firmado en 2016 entre el gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) constituye un hito global en cuanto al valor jurídico que se le da a una sanción de tipo restaurativo para castigar graves crímenes a través de su mecanismo judicial, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Si bien es cierto que esta tipología no es original del proceso de paz colombiano, pues por el contrario, comunidades y culturas ancestrales han aplicado el paradigma de la justicia restaurativa como forma de aproximarse al delito¹, el hecho de que en Colombia el castigo de máximos responsables sea producto de un proceso judicial en el que, las víctimas individuales y colectivas tengan plena participación y los responsables se comprometan a restaurar el daño causado sin que esto implique su encarcelamiento, resulta ser un ambicioso reto que podría significar un cambio en la forma como los Estados en procesos de transición pueden aproximarse a los crímenes extraordinarios.

En ese orden de ideas, el presente trabajo de investigación tendrá por objetivo abordar, desde un análisis teórico, normativo y jurisprudencial, si las sanciones propias, como medida para castigar los crímenes más graves y representativos del conflicto armado entre la guerrilla de las FARC-EP y el Estado colombiano, son adecuadas para cumplir con las finalidades de la pena, los estándares internacionales de protección de los derechos humanos y la justicia transicional.

Para resolver esta pregunta, la investigación se dividirá en cuatro capítulos. El primero llevará a cabo un análisis sobre las diferentes posturas que desde la sociología se han desarrollado para cuestionar la efectividad de los métodos de sanción diseñados por los sistemas penitenciarios tradicionales para aproximarse al delito y al tratamiento del delincuente. Para lo anterior, se identificarán las principales posturas creadas desde la sociología crítica que cuestionan las políticas diseñadas por los Estados para el tratamiento del crimen y que buscan asimilar la cárcel como una herramienta de control y marginalización con el fin de mantener el *statu quo*². Planteado el estado de crisis que se propone desde la sociología crítica, se llevará a cabo un análisis sobre los principales argumentos que han llevado a diferentes autores a proponer el uso del paradigma de la justicia restaurativa como una alternativa para pensar nuevas formas de comprender el delito, el

¹SARRE, R., (2007). 'Understanding Victims and Restorative Justice'. JAMES D, Open University Press, Maidenhead, Berkshire, UK, 2005. *Current issues in criminal justice*, 18(3). Pág.503.

² ZAFFARONI, E. (1988). *Criminología, aproximación desde un margen*. Vol.1. Editorial Temis S.A, Bogotá. Pág. 43.

delincuente y el daño y en especial, se identificarán las principales discusiones planteadas sobre su idoneidad para aproximarse a crímenes extraordinarios en el marco de la justicia transicional.

El segundo capítulo, llevará a cabo un estudio sobre el alcance y contenido de la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves infracciones a los derechos humanos (DDHH) y al derecho internacional humanitario (DIH) desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos. Para lo cual, se identificarán los lineamientos establecidos por el Sistema Universal de los Derechos Humanos (SUDH) y el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) debido a su vinculatoriedad con el Estado Colombiano. Planteados dichos lineamientos en los diferentes sistemas de protección de derechos, se adelantará un estudio de derecho comparado con el fin de identificar la manera como los tribunales internacionales permanentes y *Ad Hoc* han abarcado la lucha contra la impunidad de crímenes atroces a través de sus procesos judiciales retribucionistas y el impacto de sus decisiones en los procesos de transición.

Establecidos los lineamientos básicos ofrecidos por las experiencias de los tribunales penales encargados de investigar, juzgar y sancionar crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidios y graves infracciones al DIH, el último capítulo del trabajo final de master aterrizará su estudio al caso colombiano, por medio de un análisis detallado sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, el mecanismo judicial creado por el AFP con el propósito de investigar y condenar los crímenes más atroces ocurridos en el marco del conflicto armado pero, a diferencia de los anteriores mecanismos judiciales, combinando elementos propios de la justicia retributiva y de la justicia restaurativa. Para lo anterior, se abordará de manera general los diferentes procedimientos que la JEP ha diseñado con el propósito de cumplir con su mandato de investigación y condena de graves crímenes bajo el criterio orientador de la justicia restaurativa, a través de la construcción dialógica de los casos, garantizando la participación de las víctimas y de victimarios y proporcionando espacios para concertar medidas de restauración del daño. Esto con el fin de satisfacer las finalidades propias de la justicia transicional de una manera más amplia a la ofrecida por los juicios penales tradicionales retribucionistas.

Finalmente, la investigación centrará su estudio en la sanción propia, la fórmula de castigo diseñada para aquellos responsables que, además de haber reconocido responsabilidad por los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, han contribuido con la construcción de la verdad y la restauración del daño de las víctimas³. Para comprender su impacto, se estudiará su contenido con especial atención en la manera como se pretende incorporar el paradigma de la justicia restaurativa y el enfoque diferencial. Esbozados los elementos fundamentales de la sanción propia, el trabajo de investigación planteará de manera crítica algunos retos que podría enfrentar la JEP y el Estado colombiano para diseñar, implementar y ejecutar de manera adecuada un sistema sancionatorio complejo que busca fracturar la vieja forma de aproximación a la pena, al combinar dos paradigmas de justicia que en principio parecen contradictorios con el propósito de cumplir, por un lado con el estándar de sanciones efectivas, ejemplarizantes y proporcionales a la gravedad de los delitos y, por otro lado, con los objetivos de la justicia transicional dirigidos a la consolidación de la paz y la reconstrucción del tejido social.

³ Ley 1957 de 2019. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (LEAJEP). 6 de junio de 2019. D.O. No. 50.976. Art. 126.

CAPÍTULO I: LA PRISIÓN EN CRISIS

Desde la conformación de los Estados modernos, la función de la pena y la justificación del castigo comprende una de las cuestiones de permanente discusión en contextos sociopolíticos dado el impacto que genera el fenómeno de la criminalidad a nivel local y global. Desde el punto de vista del Estado, como órgano titular del derecho a castigar, tal función se encuentra íntimamente ligada con el cumplimiento de principios y garantías que, desde el punto de vista de los derechos humanos, ofrecen una tensión permanente entre el ejercicio punitivo del Estado y la introducción de la cultura de los derechos humanos en la discusión sobre la cuestión del delito, lo que ha generado choques entre la sociedad civil y el Estado, propios de la crisis que enfrenta la modernidad occidental, tal y como mencionan autores como Boaventura de Sousa Santos⁴.

La prisión ha sido históricamente presentada como una institución que soluciona la cuestión del delito garantizando la estabilidad y el bienestar de la sociedad, proporcionando medidas para alejar al delincuente de la comunidad afectada y brindando espacios para que comprenda, a través del castigo, la gravedad de la conducta ocurrida⁵. Desde la teoría jurídica se ha sostenido que tal medida permite, por un lado, alejar al delincuente de la comunidad afectada por la infracción para lograr su posterior resocialización y, por otro, a través del ejercicio del poder punitivo del Estado, imponer el castigo más adecuado considerando la gravedad de la conducta. El castigo para Durkheim, por ejemplo, más allá de buscar corregir al responsable, representa un reconocimiento social de lo que es reprochable, permite reafirmar los valores dentro de una sociedad y es utilizado por los Estados como un medio para fortalecer la cohesión social⁶.

Sin embargo, tal argumentación teórica parece perder valor cuando, en la realidad de algunos países - incluido el colombiano -, las cárceles modernas parecen haberse convertido en espacios de olvido Estatal, en el que las posibilidades de resocialización para los internos parecen formar

⁴ DE SOUSA SANTOS, B. (2008). 'Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos'. *El otro Derecho*. No. 28. Bogotá D.C., ILSA.

⁵ Óp. Cit. ZAFFARONI, E. Pág. 56.

⁶ DURKHEIM, Émile. (1987). *La División del Trabajo Social*. Torrejón de Ardoz, Madrid.

parte de un discurso vacío y en su lugar, se convierten en los escenarios perfectos para perpetuar las más graves violaciones a los derechos humanos⁷.

Bajo este estado de cosas, desde la literatura de la sociología jurídica y la criminología se han planteado diferentes críticas que cuestionan la idoneidad de los sistemas penitenciarios y del enjuiciamiento con enfoque retributivo en los ordenamientos jurídicos occidentales y han buscado diseñar alternativas para aproximarse al fenómeno de la criminalidad⁸. Incluso, desde la corriente abolicionista, han llegado hasta el punto de debatir la legitimidad y eficacia de dichos sistemas al demostrar que las prisiones modernas, lejos de buscar la resocialización del condenado, se han convertido en instituciones de represión y aislamiento en los que prima el poder punitivo y el sentido de venganza⁹.

Este debate teórico presenta gran relevancia debido a que, en el marco del derecho internacional y la justicia transicional, los mecanismos creados para investigar, juzgar y sancionar graves crímenes internacionales han optado históricamente por acudir a las medidas tradicionales de juzgamiento y sanción¹⁰. Desde el Tribunal de Nuremberg, hasta la Corte Penal Internacional, se han implementado medidas de orientación retributiva a pesar del constante debate sobre la ineficacia de dichas medidas para solucionar la cuestión de la criminalidad. Si bien en el caso de la CPI se han diseñado instancias para permitir la participación informada de las víctimas en los procedimientos¹¹ y su reparación¹², los cuestionamientos sobre la idoneidad de las sanciones retributivas para castigar graves crímenes, pueden ser aún más sensibles en sociedades que, además

⁷ Al respecto: RÍOS, J. (2019). ‘Una Mirada sobre la posible reducción del sufrimiento humano en el sistema penal desde claves de política penitenciaria *Revista de estudios penitenciarios Extra*, pág. 273; ARIZA, LIBARDO. & ITARRULDE, M (2011). “Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en Latinoamérica”. *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*. Universidad de los Andes. Bogotá., pp. 19-190.

⁸ Al respecto: GONZÁLEZ, I. (2009). “Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana. Crítica, Alternativas y Tendencias”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. No. 3, pp. 291-315; ARIZA, LIBARDO (2016). La prisión como espacio de exclusión o de reconciliación. *Arquitectura y Urbanismo para la Paz y la Reconciliación. Dearquitectura 18*. Uniandes. Bogotá, pp. 20-31.

⁹ Óp. Cit. GONZÁLEZ, I. Pág. 295.

¹⁰ AUKERMAN, Miriam J. (20002). “Extraordinary Evil in Ordinary Crime. A framework For Understanding Transitional Justice”. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 15. Pág. 57.

¹¹ Estatuto de Roma. Art 43. Núm. 6.

¹² A través de la creación del Fondo de Reparación de Víctimas como se verá más adelante en el capítulo tercero de esta investigación. Estatuto de Roma. Art. 79.

de perseguir el cumplimiento de las finalidades propias de las penas, necesitan lograr sanciones que contribuyan de manera eficaz en la consolidación de la paz después de años de confrontación armada.

1. La aproximación sociológica al castigo y la prisión

El paradigma de la justicia retributiva, “sostiene que el castigo penal, cuya manifestación más común en la sociedad contemporánea es la prisión, es una forma de infligir dolor en el delincuente, a través de la privación de varios derechos -principalmente la libertad- que se justifica moralmente al resarcir a la víctima y a la sociedad por los delitos que un sujeto comete contra estas”¹³. De este modo, hay un vínculo marcado entre el paradigma de justicia retributiva empleado en los modelos de enjuiciamiento penal con la cárcel como espacio de sanción por excelencia. La retribución como elemento de la pena es una de las finalidades que sobresale frente a las demás logrando que la prisión no sea otra cosa distinta al castigo¹⁴.

Dicho lo anterior, si bien los modelos democráticos modernos han estructurado su discurso entorno a la conceptualización de la criminología como un medio para orientar sus políticas criminales y penitenciarias hacia un orden social justo, encaminado “hacia formas por las cuales la convivencia social sea considerada como aceptación recíproca de grupos que, bien pugnando por proteger sus necesidades e intereses particulares, respetan el derecho de las mayorías para imponer su hegemonía y aceptan el libre disenso de las minorías”¹⁵. Lo cierto es que más allá de la racionalidad teórica construida, existe en las sociedades contemporáneas un derecho dual que contribuye a la realidad sobre el concepto de prisión como herramienta de marginalización¹⁶.

Como consecuencia de dicha apreciación sobre el castigo, la criminología deja de lado su visión tradicional como ciencia encargada de explicar las causas del crimen y la política criminal

¹³ ARÍZA, LIBARDO JOSÉ; ITURRALDE MANUEL (2016). “La prisión como espacio de exclusión o de reconciliación”. *Arquitectura y Urbanismo para la Paz y la Reconciliación*. Universidad de los Andes. Pág. 2

¹⁴ *Ibidem*. Pág. 211.

¹⁵ BUSTOS, J. BERGALLI, R & MIRALLES, T. (1983). *Pensamiento Criminológico*. Editorial Temis, Bogotá. Pág. 12.

¹⁶ DE SOUSA SANTOS, B. (2018). *Construyendo las epistemologías del sur: para un pensamiento alternativo de alternativas*. Vol. II. Argentina. CLACSO. Pág. 298.

como el conjunto de medidas para contrarrestar dichas causas. Por el contrario, autores como Jordi Cabeza Salmerón¹⁷, Mir Puig¹⁸ y Zaffaroni (quien parte desde una perspectiva de la realidad represiva latinoamericana)¹⁹, plantean a través de una visión crítica de la criminología, que los Estados, lejos de mantener una armonía social, han construido un gran andamiaje de control y sometimiento de las minorías. Por lo tanto, la actual posición criminológica crítica ha dejado de ver el delito como una entidad pre-existente al derecho penal que intenta responder a la pregunta sobre las razones de la desviación de la conducta y empieza a tomar en cuenta los distintos factores sociales, económicos, históricos y culturales dentro de una sociedad, que son esenciales para que los Estados puedan mantener los sistemas de control²⁰.

El delito entonces “no constituye una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino que su existencia depende de una norma surgida en un sistema social determinado, como fruto de unas condiciones sociales específicas”²¹. Por lo tanto, en los actuales sistemas de control, teniendo en cuenta el poder de decisión de los actores predominantes de la sociedad, el derecho penal es usado como instrumento para someter algunos sectores de la sociedad con el fin de relegarlos de los procesos democráticos de toma de decisiones. Las cárceles y los sistemas penitenciarios, lejos de tener un objetivo resocializador como lo consagran algunos ordenamientos²², se han convertido en *escuelas del crimen*, en su mayoría con una arquitectura que busca suplir la demanda de reclusos que va aumentando en la medida en que se van creando más delitos. Desde las discusiones políticas sobre el tratamiento al delincuente se van creando las circunstancias que contribuyen a que las condiciones de encarcelamiento sean inhumanas incluso para las posturas más radicales del

¹⁷ CABEZAS, J. (2003). *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*. Universitat de Barcelona.

¹⁸ MIR PUIG, SANTIAGO (1982). *La Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona. Pág. 25.

¹⁹ ZAFFARONI, E. (1988). *Criminología, Aproximación desde un margen*. Editorial Temis, Bogotá. Pág. 21.

²⁰ Óp. Cit. CABEZAS, J. Pág. 47.

²¹ Ibidem., Pág. 50.

²² En el caso colombiano la Ley 906 de 2004. “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, establece en su art. 459 lo siguiente: “(...) En el tratamiento penitenciario será prioritaria la intervención de los equipos psicosociales y de las entidades públicas y privadas que de mejor manera permitan alcanzar los fines de la resocialización y la protección a la persona condenada, mediante programas, prácticas y acciones dirigidas a facilitar la justicia terapéutica y la justicia restaurativa”.

paradigma retributivo que sostienen que el encarcelamiento corresponde al merecido sufrimiento del condenado como consecuencia del delito cometido²³.

Planteado el pensamiento criminológico crítico, el populismo punitivo aparece en la escena de las legislaciones modernas con el fin de incorporar leyes de sentencia mínima y aumentando de manera desproporcionada el encarcelamiento como solución, lo cual, para autores como Garland y Radzinowicz, ha creado un distanciamiento ente la criminología y la política criminal como herramienta del control del crimen²⁴. La cárcel como medida de prevención del crimen no permite más salidas que aumentar su arquitectura para soportar el incremento de reclusos que por lo general pertenecen a grupos históricamente marginalizados de las discusiones democráticas²⁵.

En consecuencia, el populismo punitivo ha venido acompañado de un alza en el uso del derecho penal para contrarrestar escenarios de “problemas de seguridad”. En los 80s se estableció la “política de tolerancia cero” en Estados Unidos, bajo la cual se planteó la necesidad de perseguir hasta las infracciones más mínimas y así, prevenir que “el delito vaya a más”²⁶. Dicha política generó el incremento de las cárceles de máxima seguridad, la reducción o eliminación de los beneficios carcelarios y la sofisticación de los sistemas de aislamiento carcelario²⁷. Precisamente, el hacer parte de una “sociedad del riesgo”²⁸ implicó que en el ámbito penal se desarrollara una criminología actuarial. Ésta ya no pretende – como en el modelo correccional – rehabilitar o cambiar mentalidades, sino que busca “regular comportamientos para evitar riesgos”.²⁹ Así las cosas, el delito es algo que se da por sentado, por lo que “procuran regular grupos humanos

²³ Óp. Cit. ARIZA, L. Pág. 21.

²⁴ GARLAND, D. SPARKS, R. (2000). “Criminology, social theory and the challenge of our times”. *The British Journal of Criminology*, vol. 40. No 2, pp. 189-204

²⁵ PETERSILIA, J. (2003). *When prisoners come home: parole and prisoner reentry*, Oxford; New York Oxford University Press.

²⁶ RIVERA BEIRAS, IÑAKI. (2002). “Forma-Estado, Mercado de trabajo y Sistema Penal. Nuevas racionalidades punitivas y posibles escenario político criminales”. *Criterio Libre Jurídico* Página 12.

²⁷ Ibidem.

²⁸ ULRICH BECK. (1986) definió la “sociedad del riesgo” como aquella que, junto a los progresos de la civilización, presentaba la contrapartida de la producción de nuevos riesgos estrechamente vinculados a aquellos progresos. Por ejemplo: peligros nucleares y ambientales” Ibidem. Página 22.

²⁹ Óp. Cit. RIVERA BEIRAS. Pág. 23.

peligrosos para optimizar el manejo o gerencia de los riesgos. Para ello será decisivo el empleo de las estadísticas”³⁰.

Este nuevo saber científico penal ha permitido la creación de nuevos términos que dan cuenta de la instrumentalización del derecho como herramienta de dominación, la evolución del término *Lawfare*, implementado inicialmente por el coronel de los Estados Unidos, Charles Dunplan, por la contracción de dos palabras “law” (ley) y “warfare” (guerra), fue construida inicialmente con el propósito de referirse a la nueva forma de hacer la guerra en el siglo 21, a través del uso del derecho internacional y los derechos humanos para cuestionar las interferencias militares de los Estados Unidos (como por ejemplo en Kosovo durante el conflicto en la región de los Balcanes en los años noventa). Posteriormente, el término es acuñado por otros autores para referirse al uso de la ley como herramienta empleada por Estados poderosos para lograr el control sobre territorios y también para referirse al uso del derecho internacional de los derechos humanos por parte de Estados y organizaciones para limitar las prácticas estatales³¹.

Poco a poco el *lawfare* ha sido un término acuñado por autores latinoamericanos para referirse a las medidas para relativizar el derecho penal al servicio del poder político, económico y mediático para perseguir a sus adversarios, de tal manera que la prisión ha logrado ser un medio eficaz para garantizar la muerte política o jurídica de sus detractores en momentos políticos decisivos³². En ese orden de ideas la expresión *lawfare* se ha convertido en el sur del continente americano en una expresión que permite dar cuenta de la pérdida del valor del derecho penal, convirtiéndose en un derecho selectivo en favor de Estados en discurso democrático que, haciendo uso del poder punitivo y utilizando las herramientas de comunicación en masa, han logrado mantenerse en el poder por medio de juicios políticos y penales contra sus opositores³³.

³⁰ Op. Cit RIVERA BEIRAS. Pág. 24.

³¹ VEGH WEIS, Valeria (2021). “El lawfare como golpe por goteo: Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica”. *Revista Pensamiento Penal*. No. 403. Pág. 6.

³² BIELDA Rafael; PERERRI, Pedro Segundo (2019). *Lawfare: Guerra Judicial-Mediática*. Grupo Planeta. Argentina. Disponible en: <https://www.perlego.com/book/2562229/lawfare-guerra-judicialmeditica-del-primer-centenario-a-cristina-fernandez-de-kirchner-pdf>.

³³ Op. Cit. VEGH WEIS. Pág. 20.

2. El abolicionismo

La corriente abolicionista, liderada por autores como Hulsman, Christie, Mathiense o Scheerer³⁴, presenta una visión revolucionaria y radical que va más allá de los cuestionamientos planteados por la criminología crítica. Desde sus publicaciones, los autores fijan cuestionamientos desde la ontología del delito poniendo en duda la legitimidad del castigo, la autoridad que los impone, las normas que tipifican las conductas, las sanciones y su procedimiento de aplicación³⁵.

Para esta corriente no hay hechos que por sí mismos sean entendidos como delictivos, lo que realmente ocurre es que el sistema penal es el encargado de calificar determinadas situaciones como tal. En ese orden, se considera que los sistemas penales prestan demasiada atención al delito y el castigo, convirtiendo el proceso en un sistema burocrático y alejado entre las realidades del juez y el procesado, ignoran por completo el daño causado a la víctima por la infracción del bien jurídico y, en su lugar, se concentran en el castigo como finalidad. Bajo ese entendido, los defensores de esta corriente consideran que el actual sistema, atiende sólo una parte del problema y no se aproxima de manera integral a buscar una solución al conflicto involucrando a la víctima en su deliberación³⁶.

El sistema penal es entonces un escenario de teatro que abre el telón una y otra vez sin considerar las particularidades propias del conflicto y el daño causado, privando al victimario de comprender la gravedad del daño causado, eliminando cualquier opción de reconocer su responsabilidad, de sentir arrepentimiento o empatía hacia la víctima, quien es obligada a revivir su drama una y otra vez sin que se le proporcionen medidas adecuadas para su restauración³⁷. En ese sentido, se entiende que el sistema de justicia penal en su conjunto es un problema social en sí

³⁴ HULSMAN; CHRISTIE; MATHIENSE; SCHEERER (1989). *Abolicionismo Penal*. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Trad. CLAFARDINI Mariano & BONDANZA Mirta. Buenos Aires, Argentina.

³⁵ HAIMOVICH, HUGO A. (2006). “Abolicionismo y Deliberación: Una teoría democrática para el abolicionismo penal”. *Pensamiento Penal*. Buenos Aires. Pág. 8.

³⁶ GONZÁLEZ, I. (2009). “Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana. Crítica, Alternativas y Tendencias”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. No. 3, pp. 291-315.

³⁷ Op. Cit HAIMOVICH, HUGO. Pág. 10.

mismo y, “por lo tanto, la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada para este problema”³⁸.

En consecuencia, el sistema no soluciona los conflictos, sino que, por el contrario, los agrava, pues no permite que las partes involucradas (víctima, victimario y comunidad en algunas ocasiones) puedan participar en el proceso deliberativo para poder llegar a la solución de la disputa y, especialmente, a la reparación del daño. Pues la única opción posible es el aislamiento del victimario de las dinámicas sociales con el propósito de inhabilitarlo.

Concretamente, Scheerer considera el abolicionismo como un movimiento social, una teoría sensibilizadora, una perspectiva incompleta frente al control en las sociedades post modernas, que desconfía de las clasificaciones generales y por lo tanto se aparta de las teorías contractualistas. Para el autor, las penas deberían generar un impacto en las normas morales de las sociedades y, por lo tanto, fortalecer la confianza del ciudadano en la ley. Sin embargo, lo que en realidad ocurre es que se desconoce en la práctica las finalidades de la pena, dejando de lado la discusión sobre la resocialización y la disuasión social para en su lugar convertir la pena en un mal necesario para aislar a los delincuentes³⁹.

Por su parte, Nils Christie⁴⁰ enfoca su crítica abolicionista en el derecho penal al sostener que éste se basa en la necesidad de dividir lo bueno de lo malo, al criminal de los no criminales, separar al psicópata de los demás individuos y para ello requiere de una retórica que cambia de acuerdo con los intereses del Estado y de la sociedad en la que se encuentre. Por lo tanto, la pena en el derecho penal no tiene finalidad distinta que generar sufrimiento y en ese entendido se encuentra lejos de cumplir su propósito de ser proporcional a la gravedad de la conducta, evitar la reincidencia y garantizar la rehabilitación del condenado⁴¹. Christie propone entonces modificar

³⁸ ROLF S. de Folter. “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”. *Abolicionismo penal*. Pág. 58.

³⁹ SCHEERER, Sebastian (1989). “Hacia el Abolicionismo”. *Abolicionismo Penal*. Pág. 11.

⁴⁰ CHISTIE, Nils. (1989). “Las Imágenes del Hombre en el Derecho Penal Moderno”. *Abolicionismo Penal*. Pág. 130.

⁴¹ *Ibidem*. Pág. 131.

el sistema con el fin de “reducir el sufrimiento, aumentar las respuestas positivas y confiar básicamente en los seres humanos comunes”⁴².

Finalmente, Hulsman⁴³ inició su postura intentando desarrollar criterios racionales de criminalización, pero poco a poco se fue inclinando por concluir que la mejor manera de aproximarse al crimen sería eliminando por completo el sistema penal tras considerar que no responde a las finalidades que lo legitiman. En su lugar, el sistema penal se ha convertido en un instrumento de represión que en vez de resocializar se ha convertido en un aparato alejado de las realidades particulares de los individuos y ha desconocido a la víctima, quien es la que realmente ha tenido que sufrir las consecuencias del daño causado. Bajo ese entendido, para Hulsman, la abolición no es solamente una postura frente al derecho penal, es una necesidad moral y realista que requiere obligarnos a migrar hacia otras formas de pensar en el conflicto para llegar a solucionarlo, es por esto que, para el autor, es necesario acudir a otros mecanismos como la mediación y las medidas terapéuticas para lograr humanizar el crimen⁴⁴.

Por lo tanto, dentro de su postura, el autor propone eliminar los conceptos de delito, la gravedad de la conducta, la peligrosidad del agresor, eliminar la dicotomía entre lo bueno y lo malo, etc.⁴⁵. La abolición del concepto de delito “nos obliga a revisar completamente el vocabulario del sistema de justicia penal una vez se da cuenta de lo infértil de ver la criminalidad como una calidad de personas, comportamientos o situaciones, se hace necesario el desarrollo de un vocabulario nuevo para la interpretación de los fenómenos sociales que antes eran como criminalidad”⁴⁶.

Sin lugar a duda, las posturas abolicionistas, al ser trasgresoras del sistema penal, se han enfrentado a diferentes críticas. La principal es que, además de presentar consideraciones utópicas frente a lo que debería ser, no presenta una solución al estado actual de las cosas, por lo tanto, se queda en una posición cómoda sin plantear una verdadera lucha por un cambio. Sin embargo, los

⁴² Ibidem. Pág. 139.

⁴³ HULSMAN, Louk (1989). “La criminología Crítica y el Concepto de Delito”. *Abolicionismo Penal*. Pág. 88.

⁴⁴ ROLF S. de Folter (1989). “Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault”. *Abolicionismo penal*. Pág. 61.

⁴⁵ Óp. Cit. HULSMAN, Louk. Pág. 88.

⁴⁶ Óp. Cit. ROLF S. de Folter. Pág. 61.

autores abolicionistas han dejado claro que su intención no es presentar soluciones al sistema, por el contrario, pretenden realizar una denuncia sobre lo que está mal sin necesidad de intentar reemplazarlo por otro. Así como en su momento los abolicionistas de la esclavitud no presentaron una propuesta que reemplazara el sometimiento de seres humanos por otro tipo de opresión similar, la postura abolicionista considera necesario eliminar las prácticas represivas existentes sin intentar cambiar algunos aspectos de esta.

Por último, se considera que la postura abolicionista, resta cualquier credibilidad al Estado y sus instituciones para resolver el conflicto y en cambio, otorga demasiada confianza a las partes involucradas, lo cual podría llevar a la anarquía y al caos en término Hobbesianos. Sin embargo, Scheerer considera que la postura abolicionista reconoce que las comunidades sin instituciones que controlen cada aspecto terminan siendo más pacíficas y ordenadas⁴⁷, de manera que, tal como ocurre con los defensores de la justicia restaurativa, los abolicionistas se apoyan en los mecanismos de solución de conflictos alternativos o ancestrales para demostrar que, incluso en las graves ofensas, las partes involucradas pueden llegar a deliberar de tal manera que se logre la reparación y el reconocimiento de la dimensión del daño sin necesidad de juicios de responsabilidad estrictos que únicamente generen como consecuencia medidas para aislar al agresor de la sociedad⁴⁸.

Con base en lo anteriormente señalado, la postura crítica abolicionista deja sobre la mesa una opción que desde la misma sociología crítica resulta difícil de digerir y que consiste en plantearse nuevas formas de comprender y conceptualizar el crimen. Bajo dicho planteamiento, los defensores de este movimiento reconocen las imperfecciones del sistema actual, las atroces consecuencias del encarcelamiento en términos de dignidad humana y la poca o nula efectividad para garantizar las finalidades de la pena y, en su lugar, consideran necesario eliminar la forma como los Estados contemporáneos se aproximan a lo que este ha etiquetado como delito. Sin embargo, uno de los aspectos que aún llaman más la atención de esta propuesta, es su estrecha relación con las propuestas planteadas por los defensores de la justicia restaurativa que, al igual que los abolicionistas, abogan por la urgente necesidad de devolver la titularidad del conflicto

⁴⁷ Óp. Cit. SCHEERER, Sebastian. Pág. 27.

⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 20.

sobre quienes tienen especial interés en su solución, siendo las víctimas y la comunidad los actores que buscan ser reivindicados.

3. La justicia restaurativa como propuesta de aproximación al delito

En este punto, partiendo del análisis crítico realizado por las corrientes anteriormente expuestas resulta útil plantearse nuevos paradigmas que permitan aliviar de alguna manera la crisis planteada desde la criminología y que se hace aún más evidente desde la práctica penitenciaria latinoamericana, donde los espacios de reclusión se encuentran marcados por escenarios de violaciones masivas de derechos humanos⁴⁹, que incluyen hacinamiento, hambre, enfermedades y violencia tanto para los reclusos como para quienes se encargan de garantizar su seguridad⁵⁰. Por tal motivo, a partir de la aproximación planteada en el presente capítulo, es posible reconocer que las prisiones contemporáneas obedecen a un sistema de control y dominación por medio de una visión retribucionista dirigido al uso del poder punitivo del Estado para proporcionar un castigo.

Al igual que la mirada abolicionista, los defensores del paradigma de la justicia restaurativa han considerado que los sistemas carcelarios modernos, concentran demasiado su atención en el castigo, sin lograr una solución adecuada que permita satisfacer las necesidades de las víctimas, el victimario y la comunidad como actores involucrados en el delito⁵¹. Según Braithwthe “las prisiones son escuelas del crimen en el que los ofensores aprenden las nuevas destrezas para desempeñarse en el ilegítimo mercado laboral y se sumergen más profundamente en las subculturas delictivas. La prisión tiende a ser una experiencia deprimente que deja a los ofensores más enojados con el mundo que cuando entraron. La interrupción de una carrera en el mercado laboral legítimo y el estigma de ser un exconvicto pueden reducir las posibilidades de trabajo legítimo al término de la sentencia”⁵².

⁴⁹ GONZALEZ-BERTOMEU, J & GARGARELLA, R. (2016). *Latin American Casebook: Courts, Constitutions and Rights*. Ed., Routledge.

⁵⁰ ARIZA, L & LEÓN, L (2020). “El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina”. *Revista de Estudios Sociales*.

⁵¹ ZEHR, Howard & GOHAR, Ali. (2002). *The little book of restorative justice*. Good Books

⁵² BRAITHWATHE, John (1989). *Crime, shame and reintegration*. Cambridge University Press. Citado por HAIMOVICH, Hugo. Pág. 9.

Por lo tanto, es necesario reconocer que la tradicional visión retribucionista usada en los sistemas de enjuiciamiento criminal, ha enfocado tanto sus esfuerzos en analizar el delito, el perpetrador y su castigo, que dejó de lado a la víctima como titular del bien jurídico afectado y su interés de reivindicación⁵³. Por tal motivo, la justicia restaurativa aparece como una propuesta de cambio de paradigma que deja de concentrar su atención en el delincuente como enemigo sujeto de exclusión y propone reconceptualizar el crimen de manera que se permita comprender sus diferentes dimensiones y reconocer la necesidad de invitar a las víctimas -como actores principalmente afectados- y a la comunidad, en los procesos deliberativos para llegar a una solución del conflicto⁵⁴.

Desde la teoría de la justicia restaurativa no existe un consenso en cuanto a su origen⁵⁵. De acuerdo con Clamp y Doak, la justicia restaurativa se convirtió en un concepto usado por criminólogos y académicos como respuesta para contrarrestar el tradicional sistema retribucionista criminal⁵⁶. Braithwaite⁵⁷ y Cuneen⁵⁸ consideran que su origen aparece en comunidades ancestrales que desde una visión comunitaria se aproximaban al crimen y al daño involucrando a todos los actores con el fin de llegar a una solución que permita la restauración⁵⁹. Para sustentar lo anterior, Braithwaite cita como ejemplo los encuentros comunitarios conocidos por *Brechon Law*, creado en Irlanda del Norte entre los siglos séptimo y octavo con el propósito de decidir, de manera comunitaria y bajo el imperio de principio fundamental de la solidaridad, la mejor solución del conflicto en beneficio de todo el clan⁶⁰. Otro ejemplo de justicia comunitaria se encuentra en comunidades en el sur de África bajo el concepto *Ubuntu* usado incluso en los sistemas penales para adolescentes con importantes resultados en la reducción de los niveles de reincidencia y que

⁵³ MCGONIGLE, Brianne. (2011). "Procedural Justice? Victims Participation in International Criminal Proceedings". *School of Human Rights Research Series*. Vol 21. Utrecht. Pág. 37

⁵⁴ DIGNAN James. (2006). "Understanding Victims and Restorative Justice" McGraw-Hill Education.

⁵⁵ CLAMP Kerry & DOAK Jonathan (2012). "More than words: Restorative justice concepts in transitional justice settings". *International Criminal Law Review*.

⁵⁶ Óp. Cit. CLAMP Kerry & DOAK Jonathan. Pág. 14.

⁵⁷ BRAITHWAITE, John (1999). "Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts". En: M. Tonry (ed.) *Crime and justice: A review of research* 25: 1-127. Chicago, IL: University of Chicago Press.

⁵⁸ CUNEEN, Chris (2001). "Reparations and restorative justice: Responding to gross violations of human rights". *Restorative justice and civil society*. Cambridge University Press.

⁵⁹ Ibidem. Pág. 30.

⁶⁰ Óp. Cit. BRAITHWAITE, John. Pág. 20.

tuvo un importante uso en la narrativa de la Comisión de la Verdad y la reconciliación de Sudáfrica⁶¹.

Para Dignan⁶² y Van Ness⁶³, la justicia restaurativa aparece en los años setenta como consecuencia de los movimientos de las organizaciones de víctimas que generaron gran presión con el fin de transformar los sistemas penales a fin de reconocer sus derechos a conocer la verdad de lo ocurrido, garantizar la agencia de las víctimas en los procedimientos judiciales y una reparación adecuada al daño causado. En resumen, el movimiento de víctimas buscaba i) el reconocimiento de las víctimas a ser tratadas con respeto en los procesos judiciales; ii) a ser informadas permanentemente sobre los avances en la investigación y del juicio; iii) a ser reparadas económica y psicológicamente; iv) a recibir protección del acusado cuando sea necesario y v) a participar activamente en el juicio⁶⁴. El impacto del movimiento de las víctimas trajo como consecuencia que algunos ordenamientos jurídicos-incluido el colombiano- incorporaran en sus sistemas judiciales, medidas que permitían la participación de las víctimas en la construcción de la investigación penal y la incorporación de medidas judiciales con enfoques restaurativos como mediaciones y *friendly settlements*⁶⁵.

Finalmente, se encuentra la postura planteada por Howard Zher quien sostiene que la justicia restaurativa aparece a partir de los mecanismos de solución de conflictos creados desde la base, es decir, desde las prácticas realizadas por las mismas comunidades ubicadas en países como Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos para enfrentarse al delito y que poco a poco fueron incorporadas a los ordenamientos jurídicos⁶⁶. Para el autor, dicha visión de justicia empezó a ser implementada como un esfuerzo de algunos operadores judiciales que, frustrados por la ineffectividad de las sanciones producidas en los sistemas ordinarios de justicia, buscaban una

⁶¹ CLAMP Kerry (2013). *Restorative Justice in Transitions*. Routledge

⁶² DIGNAN James. (2006). *Understanding victims and restorative justice*. McGraw-Hill Education. 2006.

⁶³ VAN NESS, Daniel W & JOHNSTON Gerry. (2007). *Handbook of restorative justice*. William Publishing.

⁶⁴ Óp. Cit. MCGONIGLE L, Brianne. Pág. 34.

⁶⁵ Al respecto la ley 906 de 2004 en su art. 11 consagra la obligación del Estado de garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia y el art. 102 de la misma ley crea el incidente de reparación integral como mecanismo para lograr la reparación integral de las víctimas por los daños causados por la conducta criminal luego de la declaración de responsabilidad penal.

⁶⁶ ZEHR, Howard & GOHAR, Ali. (2002). *The little book of restorative justice*. Good Books.

forma de justicia diferente y empezaron a proponer programas de encuentro entre las víctimas y los victimarios-conocidos como *Victim-Offender reconciliation programs* o *VORP*, en búsqueda de generar espacios de reconciliación⁶⁷. Como consecuencia, el agresor y la víctima podían participar de manera equilibrada con el propósito de encontrar el mejor medio para aproximarse al dolor y restaurar el daño causado⁶⁸.

En ese sentido, independientemente de las diferentes teorías planteadas sobre su origen, la justicia restaurativa ha sido el paradigma de justicia que en palabras de Zehr se ha desarrollado en la práctica como resultado de la experiencia de personas que soñaban con una forma diferente de hacer justicia, logrando que el paradigma naciera primero y su conceptualización se desarrollara con posterioridad⁶⁹. Bajo dicho paradigma, se involucra a las víctimas, el ofensor, las comunidades y los funcionarios judiciales para entrar en un diálogo equilibrado que permita la resolución del conflicto, por medio del reconocimiento del daño causado por la agresión, encaminado a la reparación del sufrimiento generado a la víctima y el reconocimiento de las causas que llevaron a la comisión del crimen⁷⁰. Al lograrse tales objetivos, los defensores de este paradigma consideran que se empieza el camino hacia la reconciliación (sin que este sea su finalidad), la sanación de la víctima y la rehabilitación y reintegración del perpetrador a la sociedad⁷¹.

Lo anterior permite una reconceptualización del crimen ya no como una ofensa individualizada que debe ser castigada sino como una afectación a las relaciones interpersonales que debe ser atendida por todos los actores involucrados. Lo anterior resulta ser una aproximación sobre el crimen desde una perspectiva más global, creado sobre la base de que los individuos tenemos la capacidad de sentir empatía por los otros y, en especial por quienes se afectaron⁷². Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso considerar que la justicia restaurativa no pretende transformar el sistema penal, por el contrario, mientras los sistemas penales tradicionales pretenden adelantar una investigación con el propósito de identificar, juzgar y sancionar al

⁶⁷ Ibidem. Pág. 9.

⁶⁸ Ibidem. Pág. 10.

⁶⁹ Ibidem. Pág. 16.

⁷⁰ Ibidem. Pág. 12.

⁷¹ Ibidem. Pág. 8.

⁷² WALGRAVE, Lode (2008). "Restorative justice. An alternative for responding to crime". Shoham, S.G., Beck, O., & Kett, M. (Eds.). (2007). *International Handbook of penology and criminal justice* (1. Ed.). Routledge.

responsable del delito, la justicia restaurativa es un paradigma alternativo que, partiendo del reconocimiento de responsabilidad por parte de los actores, entiende la complejidad y las diferentes aristas que puede tener un crimen desde su dimensión social lo cual permite llegar a una verdad más comprehensiva a la que se adquiere en las investigaciones judiciales⁷³.

Sentadas las bases sobre la conceptualización y el origen, es preciso cuestionarse, ¿qué tan adecuado resulta aplicar mecanismos de justicia restaurativa como forma de aproximación a la criminalidad?, para autores como Randy Barnett⁷⁴, el cambio del paradigma de justicia en los sistemas actuales de enjuiciamiento alcanza incluso una discusión dentro de la dimensión de la moral debido a que el uso tradicional retributivo encuentra la sanción como un fin en sí mismo hasta el punto en que la proporcionalidad deja de ser un elemento fundamental para ser considerado al momento de imponer la sanción. Sin embargo, lo cierto es que las sociedades y los sistemas de control encuentran cierta desconfianza en permitir escenarios de encuentro que no centren sus esfuerzos en el castigo al considerar al delincuente como al enemigo común y un riesgo permanente para la sociedad⁷⁵.

Planteada la discusión, en la práctica, la justicia restaurativa ha ganado espacios en el manejo de delitos de menor escala, sistemas judiciales juveniles e incluso para atender escenarios de violencia sexual y doméstica en países como Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda -entre otros- con resultados tan positivos que se han planteado la incorporación de tal paradigma en los sistemas carcelarios. Para académicos como Dhimi, Matle y Fox, si bien los programas de acercamiento entre las partes al interior del sistema judicial ha permitido generar sentimientos de empatía, desarrollar la agencia de la víctima dentro del proceso y reducir los niveles de reincidencia, la implementación de este paradigma de justicia no ha tenido gran impacto en las políticas criminales y en los sistemas carcelarios de los países, esto debido a que las medidas restaurativas parecen ser débiles frente a los tradicionales métodos de castigo, lo que hace que las

⁷³ CLAMP Kerry & DOAK Jonathan (2012). "More than words: Restorative justice concepts in transitional justice settings". *International Criminal Law Review*. Pág. 40.

⁷⁴ BARNETT, Randy (1977). "Restitution: A New Paradigm of Justice". *Chicago University Press* Col 87 (4), p 280.

⁷⁵ Óp. Cit. CLAMP Kerry & DOAK Jonathan Pág. 45.

políticas que propongan el cambio de paradigma sean percibidas como políticas blandas que impiden ver al Estado en el ejercicio máximo de su poder contra el crimen⁷⁶.

Estos autores sostienen que incorporar programas de justicia restaurativa como método complementario dentro de las cárceles -tradicionalmente retributivas- pueden llegar a arrojar resultados positivos en las experiencias de los reclusos, crear un ambiente de armonía entre los internos, sus familiares y los guardias. Tal argumento se sustenta en que tanto las prisiones como la justicia restaurativa tienen como uno de sus objetivos la rehabilitación del condenado, combatir su pasado criminal, y lograr que el condenado sea consciente del crimen cometido y el impacto causado en las víctimas y en la comunidad⁷⁷. En suma, la justicia restaurativa puede ayudar a crear lazos entre el prisionero y la sociedad, o reducir las condiciones que deshumanizan a los reclusos reduciendo los niveles de violencia dentro de los establecimientos penitenciarios, aplicando incluso medidas restaurativas para atender delitos cometidos dentro de la cárcel⁷⁸.

En contraste, en la literatura se encuentran posturas que consideran que la prisión no es el lugar para cumplir los objetivos de la justicia restaurativa debido a que estas instituciones han sido creadas para enfocarse en el crimen y en el criminal manteniéndolo lo más alejado posible de sus comunidades y sin tener en cuenta las necesidades de las víctimas. Por lo tanto, las condiciones de reclusión y los horarios estrictos en ellas hacen que resulten bastante limitadas las posibilidades de alcanzar las finalidades restaurativas que se persiguen⁷⁹. En ese sentido se requiere de un modelo de prisión que busque oportunidades efectivas de rehabilitación, tratos dignos y humanos para los prisioneros, sensación de seguridad tanto para los prisioneros como para el personal encargado de la seguridad de las cárceles y escenarios que permitan que el condenado pueda mantenerse vinculado con la comunidad⁸⁰.

⁷⁶ MANDEEP K, MANDEEP K, MANTLE, GREG, FOX, DARRELL (2009). Restorative justice in prisons. *Contemporary Justice Review*. Routledge. Pág. 434.

⁷⁷ Ibidem. Pág. 435.

⁷⁸ Ibidem. Pág. 436.

⁷⁹ GUIDONI, Odillo. (2003). "The Ambivalences of Restorative Justice: Some Reflections on an Italian Prison Project". *Contemporary Justice Review*, Vol. 6. Pág. 66.

⁸⁰ Óp. Cit. MANDEEP K, MANDEEP K, MANTLE, GREG, FOX, DARRELL. Pág. 438.

Dichas posturas, dejan en evidencia la necesidad humanitaria de pensar nuevamente el delito y la forma como los Estados se encuentran enfrentando la cuestión. Al respecto, desde los estudios de la sociología se presentan nuevos planteamientos que invitan a reflexionar las realidades actuales de los sistemas carcelarios y las herramientas empleadas para el control, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada contexto. En esa medida, se reconoce que el delito ya no es un fenómeno frente al cual se debe reaccionar para garantizar la estabilidad y la armonía de los ciudadanos, por el contrario, el contrato social que lo origina entra en crisis para comprender que el delito puede ser usado como una herramienta de control llegando a considerar la prisión como un espacio de marginalización y opresión de grupos históricamente rechazados⁸¹.

La propuesta que se plantea en esta investigación desde luego no es reemplazar un paradigma de justicia por otro, por el contrario, lo que se pretende, partiendo del análisis crítico realizado, es reconocer los cuestionamientos que se han planteado sobre los fundamentos discursivos de la pena y las discusiones que, en materia de derechos humanos conllevan a serios cuestionamientos sobre la idoneidad de los sistemas carcelarios de corte retribucionista para aproximarse al crimen, al delincuente y a la víctima. Por lo tanto, al lograr identificar los objetivos y las herramientas que ofrece la justicia restaurativa, así como sus limitaciones y finalidades, es posible empezar a crear nuevas formas de aproximación al crimen con el fin de humanizar a las partes involucradas, devolverles su agencia e involucrarlas en los espacios de toma de decisiones para lograr medidas de impacto que puedan contribuir en la reducción de la reincidencia y la restauración del daño.

4. Justicia Restaurativa en la Justicia Transicional

De acuerdo con Ruti Teitel⁸², la genealogía de la justicia transicional se puede describir en tres fases: la primera, ocurrido luego de la segunda guerra mundial con la implementación de Tribunales Penales Internacionales de corte retribucionista en el que, bajo la dinámica del vencedor versus vencido, se adelantaron los juicios por los crímenes cometidos por el régimen Nazi y se buscó condenar de manera ejemplarizante a los individuos responsables de dichas atrocidades; la

⁸¹ Óp. Cit. PETERSILIA. Pág. 100.

⁸² TEITEL, Ruti (2003). "Transitional Justice Genealogy". (Symposium: Human Rights in Transition). *Harvard Human Rights Journal*. Vol, 16. Pág. 70.

segunda fase surgió como consecuencia de los procesos de transición vividos en países del centro y sur del continente americano, Europa del este y África en el que se implementaron amplias políticas de amnistías generales provocando una importante tensión entre la paz y la justicia. Pronto se volvió evidente la necesidad de emplear mecanismos que más allá del castigo, permitieran la reconstrucción del tejido social, la restauración y la paz a través de la incorporación del paradigma de la justicia restaurativa en mecanismos no judiciales⁸³. Por último, la tercera fase se encuentra definida por la autora como la “normalización de la justicia transicional” por medio de la cual se implementó la Corte Penal Internacional como el mecanismo internacional creado con el propósito de juzgar y sancionar los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y las demás violaciones al derecho internacional humanitario de forma permanente⁸⁴.

La evolución planteada por Teitel permite reconocer que, luego de situaciones de violencia generalizada y crímenes atroces, la justicia transicional se ha venido transformando con el propósito de enfrentar la violencia extraordinaria de manera igualmente extraordinaria. En ese orden de ideas, de las experiencias vividas por los Estados que luego de presentar situaciones de conflicto o incluso encontrándose inmersa en una (como es el caso colombiano) se ha podido identificar la necesidad de implementar diferentes herramientas judiciales y no judiciales que permitan aproximarse de manera integral a las necesidades de una sociedad que luego de un conflicto necesita ser reconstruida⁸⁵. Bajo ese entendido, en el marco del derecho internacional se ha reconocido, por un lado, la necesidad de juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes y de implementar medidas que permitan la reparación del daño a las víctimas y el conocimiento sobre la verdad de lo ocurrido en el conflicto. En palabras de Aukerman, “la justicia transicional debe reflejar las necesidades, los deseos y las realidades políticas de una sociedad victimizada y al mismo tiempo reconocer el derecho y la obligación de la comunidad internacional de intervenir”⁸⁶.

⁸³ Ibidem. Pág.77.

⁸⁴ Ibidem. Pág. 90.

⁸⁵ RUTH-ARRIAZA, Naomi (2006). “The new landscape of transitional justice”. *Transitional justice in the twenty-first century. Beyond truth versus justice* (Ed): Naomi Ruth-Arriza & Javier Mariezcurena.

⁸⁶ AUKERMAN, Miriam J. (20002). Extraordinary Evil in Ordinary Crime. A framework For Understanding Transitional Justice. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 15. Pág. 81

Si bien algunos autores y la comunidad internacional han defendido la idoneidad de los tribunales penales para la judicialización e investigación de los crímenes cometidos en contextos de conflictos armados, para Miriam Aukerman⁸⁷ y Carlos Nino⁸⁸, implementar tribunales penales de corte retribucionista en contextos de transición, hace que sea casi imposible alcanzar las finalidades que la justicia retributiva se ha trazado en contextos de criminalidad ordinaria⁸⁹. En primera medida, la visión retribucionista está basada en una culpabilidad vinculada en cierta medida con la venganza, lo que permite que la sociedad busque que las sanciones sean proporcionales a la gravedad de la conducta realizada. Sin embargo, en situaciones donde se realizan los peores crímenes, como el secuestro de cientos de civiles sometiéndolos a tratos crueles inhumanos y degradantes, torturas e incluso agresiones sexuales⁹⁰ o el homicidio sistemático de civiles a manos de agentes del Estado para hacerlos pasar como bajas legítimas en combate⁹¹, resulta difícil pensar en una sanción acorde con la inmensa gravedad de estas conductas. Lo anterior, lleva a Aukerman a sostener que, en estos contextos, la retribución es imposible “a menos que los juzgadores terminen causando violaciones iguales a las cometidas por los perpetradores”⁹².

Otro de los argumentos usados por la autora para cuestionar la idoneidad de los tribunales retribucionistas es que las sanciones de crímenes ordinarios buscan generar un efecto disuasorio respecto de futuras infracciones. En otras palabras, evitar que tanto el perpetrador como la sociedad misma sientan que pueden cometer el delito sin ser posteriormente juzgados y castigados. No obstante, en la práctica, no existe forma de comprobar que los máximos responsables de crímenes atroces sientan la necesidad de evitar cometer genocidios y otras conductas atroces por temor a ser posteriormente sometidos a juicios penales⁹³. Por el contrario, dependiendo del contexto de cada conflicto, la mayoría de los crímenes cometidos ocurren a la vista tanto de la sociedad, como de la

⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 90.

⁸⁸ NINO, Carlos (2006). *Juicio al mal absoluto*. Siglo XXI Editora Iberoamericana. Buenos Aires

⁸⁹ *Óp. Cit.* AUKERMAN, Miriam J. Pág. 57.

⁹⁰ Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR. Auto 019 de 2021. Escrito de Determinación de Hechos y Conductas caso 01. Toma de rehenes y privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP.

⁹¹ Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR. Auto 033 de 2021. En el Escrito de Determinación de Hechos y Conductas del caso 03. Denominado: *Asesinatos y desapariciones forzadas presentadas como bajas en combate por agentes del Estado*, la Sala logró determinar que más de 6.000 personas fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales por parte de la Fuerza Pública de Colombia.

⁹² *Óp. Cit.* AUKERMAN, Miriam J. Pág. 58.

⁹³ *Óp. Cit.* AUKERMAN, Miriam J. Pág. 65.

comunidad internacional sin que la existencia de tribunales internacionales sirviera de herramienta para evitar que ocurrieran. En otras palabras, la consolidación de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Ad Hoc de Ruanda y Yugoslavia, no han impedido que se continúen cometiendo graves infracciones al derecho internacional humanitario en Afganistán, Siria o en Ucrania.

Finalmente, el uso de sistemas de enjuiciamiento criminal ordinarios puede contribuir a enviar el mensaje al público sobre la gravedad de las conductas por medio de la sanción individual de los perpetradores, pero el uso exclusivo de este mecanismo para aproximarse a situaciones de violencia generalizada y sistemática encuentra limitaciones si se pretenden objetivos que van más allá de la judicialización y condena de individuos. Lo anterior, debido a que los crímenes internacionales se diferencian de los ordinarios en tres aspectos fundamentales: i) la extrema violencia usada en la comisión de las conductas acompañada de una cultura igualmente violenta que en algunas ocasiones la termina legitimando; ii) la masividad de las víctimas y, por último, iii) la naturaleza política de los crímenes cometidos⁹⁴. Estas diferencias obligan a implementar salidas que además de sancionar a los responsables puedan contribuir en solucionar la permanente dicotomía entre la justicia y la construcción de paz⁹⁵.

Bajo ese entendido, las finalidades perseguidas en la justicia transicional parecen ser más complejas si se quiere decir que en el marco de la justicia ordinaria, lo cual obliga a que los Estados busquen implementar mecanismos judiciales y extrajudiciales que puedan complementarse entre ellos con el propósito de reconstruir una sociedad⁹⁶. Si bien en contextos de extrema violencia también es necesario perseguir investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes, es igualmente importante crear medidas que permitan la rehabilitación social, la construcción de la verdad, promover reformas institucionales y la construcción de una verdad colectiva de lo ocurrido⁹⁷.

⁹⁴ BUENO, PARMENTIER. & WEITEKAMP. (2016). Exploring restorative justice in situations of political violence: The case of Colombia. *Restorative justice in Transitional Settings*. 1 Ed. Londres. Routledge. Pág. 40.

⁹⁵ LAMBOURNE, Wendy (2009). "Transitional Justice and Peace-Building After Mass Violence". *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3. Pág. 30.

⁹⁶ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 59.

⁹⁷ Óp. Cit. ZEHR, HOWARD & GOHAR Ali. Pág. 11.

Por lo tanto, los tribunales pueden contribuir en gran medida con la rehabilitación social por medio de la identificación individual de los responsables, sin embargo, los mecanismos alternativos como comisiones de la verdad pueden ser incluso hasta más efectivos en identificar una responsabilidad más amplia y compleja al utilizar métodos de investigación menos restringidos que permitan determinar de forma integral las causas, las consecuencias, los diferentes actores involucrados (más allá de los combatientes), los grados de contribución y la complicidad en las situaciones de violencia generalizada para, de esta manera, contribuir de manera adecuada con la construcción de una justicia más amplia y de la memoria histórica sobre lo ocurrido⁹⁸.

Estableciendo las limitaciones que ofrece el uso exclusivo de juicios retributivos en el marco de la justicia transicional, la discusión que se ha planteado en la literatura relacionada es qué tan adecuado resulta aplicar la justicia restaurativa en contextos de justicia transicional. De acuerdo con Zehr, si bien algunos autores han considerado que la justicia restaurativa debería ser exclusivamente aplicada para crímenes menores, lo cierto es que su verdadero valor se evidencia en los delitos más graves, pues es en estos escenarios donde más se requiere identificar las necesidades de las víctimas y las responsabilidades de los agresores⁹⁹. En ese orden de ideas, el uso de este paradigma en crímenes de alta connotación social como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidios, pueden llevar a generar consecuencias transformadoras convirtiendo a las víctimas en sobrevivientes, conflicto en cooperación, la vergüenza en orgullo y a los individuos en comunidades¹⁰⁰.

En consecuencia, se debe reconocer que el castigo y la judicialización de aquellos que han cometido graves crímenes, en palabras de Aukerman, conllevan un mensaje necesario para una sociedad: violar los derechos humanos es reprochable y sancionable. Pero, si se quiere ir más allá, la justicia restaurativa permite reconceptualizar el crimen desde una dimensión que va más allá del reproche individual y permite dotarlo de un contenido más humano y vinculante para la sociedad. Dicho lo anterior, autores como Permentier y Bueno proponen ir más allá al establecer la necesidad de comprender que la justicia restaurativa debe ser un paradigma orientador dentro de la justicia

⁹⁸ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 65.

⁹⁹ Óp. Cit. ZEHR, HOWARD & GOHAR Ali. Pág.9.

¹⁰⁰ MCCOLD, Paul & WACHTEL, Ted (2002) Restorative justice theory validation. *Restorative justice: Theoretical foundations*. William Publishing. Pág. 120.

transicional, incluso han considerado la necesidad de implementar lo que ellos denominan una justicia transicional restaurativa -*restorative transitional justice*-¹⁰¹ al considerar que el paradigma de la justicia restaurativa y la justicia transicional persiguen finalidades complementarias.

Esta propuesta, además de ser ambiciosa, permite que los perpetradores de los crímenes puedan ir más allá de ser castigados y comprendan las implicaciones de sus conductas con el propósito de tomar las acciones necesarias para lograr la reparación del daño causado¹⁰². Dicha propuesta ha sido incorporada en el sistema de justicia transicional colombiano con la creación de un tribunal, que además de tener dentro de su mandato la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, encuentra como uno de sus principios orientadores el de la justicia restaurativa, permitiendo que desde la investigación de los casos, las partes involucradas (víctimas y victimario) puedan construir de manera dialógica la verdad de las atrocidades ocurridas en el marco del contexto armado colombiano y las medidas de sanción necesarias que podrían conducir a la restauración del daño¹⁰³.

Esta propuesta de mecanismo judicial va incluso más allá de la postura planteada por Aukerman, quien considera fundamental entender que luego de situaciones de alta conflictividad, corresponde a los Estados identificar los mecanismos más adecuados para aproximarse a la restauración social teniendo en cuenta las necesidades particulares de cada caso, la realidad política, económica y social que enfrentan y las finalidades que quieren ser trazadas dentro de su proceso¹⁰⁴. Lo cual implica que el uso de medidas restaurativas puede estar limitado a las particularidades de cada caso concreto, es decir, que si la necesidad social está estrictamente limitada en garantizar la condena y el castigo individual de los perpetradores, los tribunales penales serán la mejor opción, mientras que, si lo que se pretende es conocer la verdad desde sus diferentes dimensiones y el reconocimiento de la responsabilidad de los distintos actores involucrados, las comisiones de la verdad podrán jugar un papel importante y, si lo que se requiere es garantizar

¹⁰¹ Óp. Cit. BUENO, PARMENTIER & WEITEKAMP. Pág. 39. Edt. CLAMP Kerry. Routledge.

¹⁰² Ibidem Pág. 39.

¹⁰³ Ley 1957 de 2019. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (LEAJEP). 6 de junio de 2019. D.O. No. 50.976. Art. 127.

¹⁰⁴ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 60.

cambios estructurares en la sociedad con el propósito de consolidar valores democráticos, lo más idóneo será llevar a cabo reformas institucionales¹⁰⁵.

Por lo anterior, así como es posible afirmar que cada conflicto vivido en el mundo es distinto, se requiere comprender las limitaciones que cada mecanismo de justicia transicional tiene para contribuir con las finalidades establecidas para el logro de la paz. Desde luego, como se ha podido evidenciar en este estudio, los juicios de corte retribucionista no podrán aportar completamente a la verdad sobre lo ocurrido y garantizar la restauración del daño desde lo individual y lo social. En el caso colombiano, con la implementación de un órgano judicial que propone una nueva forma de administrar justicia, se plantea la posibilidad de superar las limitaciones de los juicios tradicionales al incluir dentro de los objetivos de la JEP la restauración del daño a las víctimas desde una dimensión colectiva y considerando sus enfoques diferenciales. Este nuevo modelo puede llegar a ser un reto importante y una propuesta interesante tanto en el marco de la justicia transicional como en el derecho penal internacional, sistema que, como veremos más adelante, ha mantenido la judicialización, la sanción de graves crímenes y el tratamiento del delincuente desde la tradicional visión retributiva.

¹⁰⁵ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 63.

CAPÍTULO II: EL DEBER DE SANCIONAR DESDE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El sistema universal de derechos humanos

En el presente apartado se analizará el conjunto de instrumentos del SUDH que resultan de vital importancia para determinar el margen de discrecionalidad con el que cuenta el Estado colombiano, a través de la JEP, para el diseño, la implementación y ejecución de la sanción propia. En ese sentido, se abordarán, en primer lugar, los diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia que consagran, por un lado, la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar los crímenes relacionados con violaciones de los derechos humanos y, por otro lado, la garantía de la no repetición de los hechos victimizantes y una reparación adecuada para sus víctimas. En segundo lugar, se examinarán algunos principios, resoluciones e instrumentos de derecho internacional que establecen criterios de interpretación para satisfacer la obligación de sancionar a los perpetradores de los crímenes que son de competencia de la JEP. Finalmente, se adelantará un análisis de algunos casos estudiados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que han permitido consolidar las reglas básicas que desde el SUDH se requieren para agotar el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar.

1.1. El derecho a un recurso efectivo y la obligación de investigar, juzgar y sancionar

El sistema Universal de Derechos humanos, conformado por el conjunto de principios, tratados y demás instrumentos de la ONU, dirigidos a la promoción y protección de los derechos de todos los individuos, es el principal sistema de derechos humanos del cual se desprenden los demás sistemas regionales e instituciones internacionales como la Corte Penal Internacional, enfocadas en la protección y sanción de aquellas infracciones a los derechos humanos cometidos por Estados o individuos. A partir de la consolidación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como principio general de obligatorio cumplimiento para los Estados modernos, se consagró el derecho que tiene todo ciudadano a obtener recursos efectivos para acudir ante los tribunales o entidades competentes al interior de cada ordenamiento, con el fin de lograr el amparo de los

derechos fundamentales que considere vulnerados¹⁰⁶. El derecho al recurso judicial efectivo es desarrollado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁷ el cual, en su artículo 2º numeral 3º, establece el deber de los Estados de crear las medidas legislativas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto. Asimismo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes¹⁰⁸ en sus artículos 2º, 4º, 7º y 13, establece no solo la obligación de investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes que constituyan tortura incluso en grado de tentativa sino también, el deber de los Estados de garantizar una reparación en favor de la víctima. Por último, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁰⁹ a través del Consejo Económico y Social y los diferentes órganos como la Comisión para la prevención del crimen, han establecido directrices en la lucha contra la impunidad.

En plena consonancia con los tratados internacionales mencionados anteriormente, en Colombia, el derecho al recurso efectivo adquiere relevancia constitucional a través del artículo 229 de su Constitución Política, el cual consagra el derecho de acceso a la justicia. En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido que el derecho de acceso a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso efectivo, en la medida en que este último “(...) permite a los ciudadanos y ciudadanas la posibilidad real de solicitar ante las autoridades competentes: (i) la declaración de que un derecho está siendo vulnerado, (ii) el cese de la vulneración y (iii) la reparación adecuada por los daños causados”¹¹⁰. En consecuencia, en virtud de los tratados internacionales ratificados por Colombia y la estrecha relación con el derecho constitucional de acceso a la justicia, corresponde al Estado colombiano garantizar recursos judiciales adecuados y eficaces a través de la investigación, juzgamiento y sanción en contra de los perpetradores de las conductas catalogadas como graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos.

Partiendo entonces de la relevancia internacional y constitucional del derecho al recurso efectivo, resulta importante establecer el alcance dado por el Sistema Universal de Derechos

¹⁰⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

¹⁰⁷ Ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 74 de 1968.

¹⁰⁸ Ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 70 de 1986.

¹⁰⁹ Ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 74 de 1968.

¹¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-264 de 2017.M.P: Alberto Rojas Ríos.

Humanos a la obligación de investigar, juzgar y sancionar. Desde hace más de treinta años, el Comité de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de esclarecer y reiterar el alcance de dicha obligación en escenarios en los cuales, frente a la omisión estatal de proporcionar los medios eficaces para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las infracciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado y conceder las medidas necesarias para garantizar la reparación de las víctimas. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, el Comité consideró que en asuntos como los ocurridos en el sur del continente americano durante las dictaduras militares en las décadas de los setentas y ochentas, se configuraron varios escenarios de incumplimiento cuando los Estados no proporcionan los recursos judiciales idóneos para el amparo de los derechos vulnerados, los tribunales no son independientes o el proceso se dilata de manera injustificada¹¹¹. Con casos emblemáticos como Irene Bleier Vs. Uruguay aclara el órgano que para determinar la eficacia del medio judicial es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, si bien el Comité desarrolla el alcance de lo que se considera como una investigación y juzgamiento eficaz a la luz del Sistema Universal, no establece lineamientos claros de lo que se consideraría una sanción adecuada o proporcional a la gravedad del delito¹¹².

Ahora bien, a la luz del Derecho Internacional, el deber de investigar, juzgar y sancionar conductas que constituyan delitos graves a los derechos humanos resulta de tal importancia que no es posible, bajo ningún estado, bien sea de guerra, conmoción interior, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública, suspender dicha obligación¹¹³. Bajo ese entendido, existe una cláusula general de incompatibilidad de las amnistías que acarrear impunidad con el deber de los Estados de juzgar y sancionar los delitos graves del derecho internacional. En ese entendido, tal como fue manifestado por el secretario general de las Naciones Unidas al referirse al Acuerdo

¹¹¹ Al respecto ver: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Irene Bleier y otros Vs Uruguay. Comunicación No. 30/1978. Caso Carmen Almeida de Quinteros V. Uruguay. Comunicación No. 107/1981.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6°, 7°, 8° (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

celebrado entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP, los acuerdos de paz aprobados por Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos¹¹⁴.

Por tal motivo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 81/2005, creó un cuerpo de principios Internacionales sobre la lucha contra la impunidad. La finalidad de estos principios es establecer unos lineamientos marco de evaluación para el cumplimiento de los deberes internacionales de investigar, juzgar, sancionar y reparar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. Así entonces, el documento desarrolla las garantías que deben tener en cuenta los Estados al interior de sus ordenamientos para evitar circunstancias de impunidad, a través de tres categorías: i) el derecho a saber, por virtud del cual se garantiza el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer las circunstancias bajo las cuales se desarrolló la violación del derecho; ii) el derecho a la justicia, encaminado no solo a la protección de las garantías procesales del acusado, sino también a la participación activa de las víctimas en las actuaciones judiciales y, finalmente, iii) el derecho a obtener reparaciones efectivas teniendo en cuenta las condiciones especiales de la víctima. No obstante lo anterior, en lo que respecta a las sanciones que el Estado debe imponer al condenado, el cuerpo de principios centra su atención en el deber de establecer un castigo adecuado y proporcional, de acuerdo con la gravedad de la conducta.

El cuerpo de principios sobre la lucha contra la impunidad tiene su antecedente en los principios de Joinet¹¹⁵, un estudio llevado a cabo con el propósito de presentar un informe detallado sobre las leyes de amnistía y la cuestión de impunidad sobre los autores de las violaciones de los derechos humanos. Louis Joinet presentó un conjunto de principios de lucha contra la impunidad los cuales reconocen como imperiosa la necesidad de los Estados de satisfacer los deseos de justicia para lograr una reconciliación justa y durable. Lo anterior supone el deber de generar, por medio de diferentes mecanismos de justicia transicional como comisiones de la verdad y desde

¹¹⁴ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General: “*Misión de Verificación en Colombia*”, 20 de julio de 2018.

¹¹⁵ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. La cuestión de la Impunidad de los autores de los derechos humanos. Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la Decisión 1996/119. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/ Rev.1. 12 de octubre de 1997.

luego, tribunales penales, los espacios para que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella, se permita su participación como parte civil dentro de los procedimientos judiciales, se garanticen vías adecuadas de acceso a los diferentes mecanismos de reparación tanto en su plano individual o como en su plano colectivo y se permita la posibilidad de que el opresor pueda manifestar su arrepentimiento¹¹⁶.

Con fundamento en los elementos de verdad, justicia y reparación incorporados en los principios de Joinet, el cuerpo de principios define impunidad como la “inexistencia de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan de toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”¹¹⁷. Teniendo en cuenta esta definición, la punición adecuada no consiste en la imposición de sanciones de carácter estrictamente retributivo. Antes bien, con fundamento en los tratados multilaterales y el cuerpo de principios analizado previamente, es posible concluir que, desde el marco de Sistema Universal de Derechos Humanos, el deber de los Estados de prevenir la impunidad constituye un elemento fundamental en los procesos de consolidación del Estado de Derecho y, en consecuencia, no se satisface en la medida en que se cumpla con la investigación y judicialización de los involucrados sino que además, requiere una carga más compleja en la medida en que se debe promover el derecho de las víctimas y la sociedad de conocer la verdad de lo ocurrido así como establecer mecanismos de reparación integral y garantizar la no repetición de los crímenes cometidos¹¹⁸.

Partiendo del alcance dado, el derecho a la verdad empieza a aparecer como una categoría fundamental dentro del SUDH para determinar el alcance de la obligación de los Estados a realizar una investigación efectiva y evitar impunidad sobre violaciones a los derechos humanos pues, al ponerse en marcha el aparato judicial para investigar y determinar la responsabilidad de los autores

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas: “*Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”. E/cn.4/2005/102/Add.1. febrero 8 de 2005.

¹¹⁸ CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2014). Impunidad, Sistema de Justicia, Estado de Derecho y Democracia. ¿Es peor la impunidad que el crimen en sí mismo? *Espacio Abierto-Revista del Centro de Investigación de Estudios Judiciales*, número 20 páginas 18-22.

de la agresión, la ausencia de impunidad genera como consecuencia, el esclarecimiento de los hechos y la posibilidad de que las víctimas, sus familiares y la sociedad en general puedan conocer las verdades circunstancias y motivaciones que rodearon la vulneración o puesta en peligro de un derecho. En consonancia con lo anterior, los tribunales encargados de la investigación y judicialización contribuyen a la verdad como uno de los criterios más importantes para considerar la imposición de una sanción adecuada.

1.1.La investigación efectiva y la justicia transicional

Especialmente en contextos de transición, cuando los Estados pasan de una situación de conflicto armado a un proceso de construcción de paz, la obligación de investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes contra el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos resulta de mayor relevancia, comoquiera que lo que se busca es procurar garantizar la paz a través de escenarios que permitan tanto a la víctima como a la sociedad, conocer la verdad sobre los crímenes ocurridos, juzgar y condenar a los principales autores y, finalmente, establecer los medios idóneos de restauración social. Bajo ese entendido, la función de la sanción en contextos de transición no puede cumplir los mismos objetivos de la finalidad de la pena en crímenes ordinarios.

Por el contrario, retomando la postura presentada por Aukerman en el capítulo anterior, en un contexto de justicia transicional, la imposición de sanciones tradicionalmente retributivas enfrenta problemas si se tiene en cuenta que luego de situaciones de violencia masiva, no es posible plantearse castigos proporcionales a la dimensión del daño causado por genocidios, crímenes de guerra o de lesa humanidad y tampoco se encuentra del todo demostrada su efectividad para prevenir futuras violaciones¹¹⁹. Por tal motivo, se ha pretendido implementar de forma complementaria y armónica, diferentes mecanismos de justicia transicional como tribunales penales y comisiones de esclarecimiento, con el propósito de alcanzar los fines tradicionales de la pena y los fines específicos de la justicia transicional. En el caso colombiano, en virtud del principio de soberanía, se ha diseñado un sistema que permite fijar las sanciones que consideren

¹¹⁹ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 60.

apropiadas, con base en criterios como la gravedad de la conducta, la garantía de verdad y reparación integral de las víctimas y la prevención general¹²⁰.

De acuerdo con lo anterior, en los contextos de transición, al ser extraordinarios, es posible que la retribución no tenga necesaria correspondencia directa con la gravedad de la conducta, debido a que dicho juicio de ponderación puede poner en riesgo la consecución del fin último de la paz y la consolidación del Estado de derecho. En consecuencia, existe por parte de los autores y teóricos de la justicia transicional una tendencia a recomendar a los Estados que han tenido que afrontar procesos de transición, la necesidad de adjudicar un componente restaurativo dentro de sus sistemas sancionatorios¹²¹.

En ese entendido, en el marco del Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos se han planteado discusiones relacionadas con la posibilidad de incluir el paradigma de la justicia restaurativa dentro de los mecanismos de la justicia transicional con el propósito de cumplir con las finalidades relacionadas con la reconstrucción del tejido social, la reintegración a la sociedad de quienes participaron en las hostilidades, la transformación de las estructuras sociales y la restauración del daño causado a las víctimas. Lo anterior, considerando que, como fue desarrollado anteriormente, el paradigma retributivo tradicionalmente usado resulta ineficiente para lograr las finalidades propias de la justicia transicional.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha considerado que incorporar medidas de justicia restaurativa permite lograr la transformación en tres niveles: En primera medida, entre las partes directamente involucradas (víctima-victimario); en segundo nivel, se plantea un cambio entre los círculos cercanos a las partes directamente involucradas (comunidades afectadas) y, por último, el tercer nivel de transformación, relacionado con resolver las causas subyacentes al crimen, generando impacto en las garantías de no repetición¹²².

¹²⁰ BLANCO CORTINA, David. “Proporcionalidad y sanciones transicionales Análisis del modelo de castigo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)”. *Revista de Derecho*, núm. 52, 2019. Universidad del Norte. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/851/85164002009/html/index.html#B12>.

¹²¹ CALDAS BOTERO, L. (2016). “Aproximación a los problemas fundamentales de la justicia transicional. Especial énfasis en las sanciones imponibles en el marco de la jurisdicción Especial para la Paz”. *Derecho Penal y Criminología*. No. 37, Págs. 105-120.

¹²² Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2016). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*.

Por lo tanto, en el marco de protección Universal, se reconocen las ventajas de incorporar medidas restaurativas tanto en contextos de criminalidad ordinaria como en escenarios de transición, sin que esto implique reemplazar un paradigma de justicia por otros. En consecuencia, resulta conveniente acudir a lo prescrito por otros instrumentos jurídicos internacionales que, si bien carecen de carácter vinculante, pueden ser utilizados como criterios de interpretación para la aplicación de sanciones propias.

Dentro de estos pueden encontrarse:

- I. *Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas Sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*¹²³. Este instrumento contiene unos principios básicos para la promoción de medidas no privativas de la libertad. En ese sentido, incentiva la implementación de medidas que permitan la participación de la comunidad en los procesos de reintegración del victimario, proporcionando así un mayor sentido de responsabilidad para este último y un equilibrio entre los derechos de este último, las víctimas y el interés de la sociedad de garantizar la seguridad y prevenir el delito.
- II. *Los Principios básicos en el uso de la justicia restaurativa en programas de asuntos criminales*¹²⁴. Este documento desarrolla los conceptos de justicia restaurativa, así como los mecanismos restaurativos que favorecen el diálogo entre las víctimas, el victimario y la comunidad afectada por las conductas criminales.
- III. *Informe de la reunión del Grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa*. En este documento se afirma que la justicia restaurativa complementa las prácticas establecidas para la justicia penal ordinaria y, de esta manera, promueve que los Estados parte fomenten este tipo de prácticas¹²⁵.
- IV. *Manual de medidas sustitutivas del encarcelamiento - manual elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito*. Este manual fija unos lineamientos para

¹²³ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

¹²⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006). *Manual Sobre Justicia Restaurativa*. Nueva York.

¹²⁵ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social (2002). *Informe de la reunión del Grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa*.

tener en cuenta en el momento de imponer medidas alternativas a las sanciones privativas de la libertad. Tiene como fin principal “mejorar el ejercicio práctico de la justicia, disminuir el número de la población carcelaria dentro de los Estados y promover medidas de rehabilitación y reintegración social”.¹²⁶

A partir de lo anterior, se puede establecer que, desde el marco del Sistema Universal de los Derechos Humanos, el deber de investigar, sancionar y juzgar los crímenes cometidos con ocasión y en razón del conflicto armado es un imperativo. Sin embargo, la ausencia de impunidad no implica, estrictamente, la imposición de sanciones eminentemente retributivas que correspondan con la gravedad del delito, sino que se trata de un principio mucho más complejo que se activa con la carga del Estado de realizar una investigación idónea sobre las conductas, llevar a cabo un juicio con cumplimiento de las garantías fundamentales tanto del investigado como de las víctimas y que garantice las medidas de reparación y no repetición en favor de los afectados.

En ese sentido, los principios internacionalmente consagrados para prevenir la impunidad permiten un margen en favor de los Estados para imponer las sanciones que consideren adecuadas, siempre que se garantice la verdad de los hechos victimizantes, la participación permanente de las víctimas en las actuaciones judiciales y la implementación de medidas restaurativas adecuadas. Adicionalmente, de acuerdo con los diferentes reportes, existe la tendencia de reconocer el aporte que las sanciones con componente restaurativo pueden generar en los procesos de transición. De esta manera, el Estado cumplirá con los estándares internacionales para evitar la impunidad, siempre que dentro del sistema de justicia se implementen mecanismos de participación directa de las víctimas de los crímenes en los cuales puedan acceder a información, ser asesoradas durante el juicio y participar en la ejecución de las sanciones que garanticen la restauración del daño causado y, por otro lado, la reincorporación del perpetrador a la sociedad.

Especialmente en contextos de transición, cuando los Estados pasan de una situación de conflicto armado a un proceso de construcción de paz, la obligación de investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes contra el derecho internacional humanitario y el derecho internacional

¹²⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2010). *Manual de Principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*. Serie de Manuales de Justicia Penal.

de los derechos humanos resulta de mayor relevancia¹²⁷, comoquiera que lo que se busca es procurar garantizar la paz a través de escenarios que permitan tanto a la víctima como a la sociedad, conocer la verdad sobre los crímenes ocurridos, juzgar y condenar a los principales autores y, finalmente, establecer los medios idóneos de restauración social¹²⁸. Bajo ese entendido, la función de la sanción en contextos de transición no puede cumplir los mismos objetivos de la finalidad de la pena en crímenes ordinarios. Por el contrario, en un contexto de justicia transicional, las sanciones deben dirigirse a combinar los fines tradicionales de la pena y los fines específicos de la justicia transicional¹²⁹.

¹²⁷ Al respecto tener en cuenta que el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* en su artículo 2° numeral 2°, establece el deber de los Estado de crear las medidas legislativas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en el mismo. Asimismo, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes* en sus artículos 2°, 4°, 7° y 13, establece no solo la obligación de investigar, juzgar y sancionar aquellos crímenes que constituyan tortura incluso en grado de tentativa sino también, el deber de los Estados de garantizar una reparación en favor de la víctima.

¹²⁸ Al respecto ver: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1978). *Irene Bleier y otros Vs Uruguay*. Comunicación No. 30/1978; (1981). *Caso Carmen Almeida de Quinteros V. Uruguay*. Comunicación No. 107/1981.

¹²⁹ Óp. Cit. BLANCO CORTINA, D. Pág. 170.

2. El sistema interamericano de derechos humanos

En contraste con el SUDH, en el contexto del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH), no es posible encontrar en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) algún artículo que consagre la obligación de los Estados a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes y violaciones a los derechos Humanos. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humano (CIDH) ha permitido desarrollar un robusto precedente jurisprudencial que desarrolla el alcance y contenido de dicha obligación a partir del deber de los Estados de respetar los derechos consagrados en la Convención Interamericana. Por tal motivo, en el presente acápite se realizará un análisis de los principales pronunciamientos hechos por el Tribunal Interamericano que determinan el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos por medio de la obligación de los Estados y en especial el colombiano, de respetar los derechos y libertades reconocidos en el cuerpo de la convención.

Para determinar el alcance brindado por la CIDH sobre la obligación de investigación, juzgamiento y sanción de los Estados parte, se debe partir de la decisión adoptada a partir del caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. En esta oportunidad, la Corte estudió la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada de aproximadamente 100 civiles presuntamente integrantes de la fuerza pública camuflados con ropa de civiles que secuestraban de manera violenta a sus víctimas entre 1981 y 1984. Con fundamento en la obligación de los Estados parte de proteger y garantizar los derechos contenidos en la convención, el Tribunal consideró que corresponde a los Estados organizar su aparato gubernamental para el libre ejercicio de los derechos y prevenir, investigar y sancionar “toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹³⁰. Este deber se extiende incluso cuando el hecho o conducta que vulneró o puso en peligro el derecho no es imputable al Estado

¹³⁰ Corte IDH. Caso de Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr. 166

generando en éste el deber jurídico de investigar con el propósito de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes y asegurarles a las víctimas una adecuada reparación.

Posteriormente, en la decisión proferida dentro del caso *Masacres del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador* de 2012, el Tribunal Interamericano declaró la responsabilidad del Estado por las masacres de aproximadamente un millón de personas incluyendo niños y niñas, cometidas entre el 11 y 13 de diciembre de 1981 dentro de un operativo militar de “contrainsurgencia”. En los hechos de la sentencia se sostiene que el Estado salvadoreño ordenó cesar la investigación con base en la Ley de Amnistía General pese al descontento de los familiares de las víctimas y en su lugar, solamente hasta 1992, a través de la Comisión de la Verdad, se permitió la exhumación de los restos de manera dilatada y obstaculizada. Con base en los hechos descritos, la Corte declaró la responsabilidad del Estado tras sostener que adelantar una investigación efectiva frente a posibles violaciones de los derechos humanos, es una de las medidas positivas que debe adoptar un Estado para garantizar los derechos contenidos en la convención con el fin de evitar la impunidad y prevenir la repetición de los hechos victimizantes y no es posible argumentar su omisión bajo leyes de amnistía cuando se pretende esclarecer la verdad de hechos que involucren graves violaciones a los derechos humanos¹³¹.

El alcance de la obligación fue abordado por la Corte incluso bajo contextos de conflicto armado, en el caso de la *Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, donde se declaró la responsabilidad del Estado colombiano respecto de su deber de respetar, hacer respetar y garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Convención Americana. En esta oportunidad, los hechos tuvieron lugar en enero de 1989 cuando integrantes de un grupo paramilitar en cooperación con agentes del Estado, retuvieron y masacraron a 15 personas que conformaban una Comisión Judicial encargados de investigar el homicidio y desaparición de comerciantes y campesinos en la región del Magdalena Medio a manos del ejército nacional, dejando en evidencia la histórica aquiescencia entre los grupos paramilitares y la fuerza pública para adelantar labores de contrainsurgencia. En el presente caso, a pesar de las múltiples declaraciones que daban cuenta de la participación de altos mandos militares en la masacre, solamente un sargento fue condenado a un año de arresto

¹³¹ Corte IDH. Masacres del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252. Párr. 286

por encubrir a uno de los paramilitares. Adicionalmente se demostró que jueces, testigos sobrevivientes y familiares de las víctimas fueron amenazados y hostigados durante el proceso judicial sin que fueran protegidas e investigadas debidamente.

Se resalta además que estos hechos han sido investigados dentro del marco de la Ley 975 de 2006 (Ley de Justicia y Paz) promulgada por el Estado colombiano para investigar, juzgar y sancionar las conductas realizadas por ex integrantes de los grupos paramilitares en el marco del conflicto armado. Con base en lo anterior, la Corte reconoce que no puede señalar de manera precisa los mínimos que debe contar un Estado para imponer una pena, pero si puede dar unos criterios generales de apreciación, los cuales describe de la siguiente manera:

“193. Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia.”

Adicionalmente, el fallo se refiere al deber de imponer sanciones proporcionales al señalar que:

“196. En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal.

Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención.”¹³².

Por último, en el caso *Cepeda Vargas Vs. Colombia*, se estudió la responsabilidad del Estado por la ejecución extrajudicial del senador de la Unión Patriótica Manuel Cepeda Vargas por dos sargentos del Ejército Nacional. Teniendo en cuenta que el caso también se encontraba en proceso de enjuiciamiento dentro de la Ley transicional de Justicia y Paz, existía cierta incertidumbre por el tipo de sanciones que se podrían imponer. Por lo tanto, la Corte sostuvo que,

“150. Aún cuando la Corte no puede, ni pretende, sustituir a las autoridades nacionales en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado en la violación de derechos humanos. En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado. En efecto, existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos.”

Asimismo, el tribunal se refirió sobre la necesidad de imponer penas eficaces al encontrarse que los responsables del homicidio del señor Cepeda cometieron más crímenes con el propósito de obstaculizar la investigación mientras se encontraban reclusos en prisiones militares como forma de beneficio penal. En este respecto, consideró que “[e]l otorgamiento indebido de estos beneficios puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se

¹³² Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Párr. 196.

trate de la comisión de violaciones graves de derechos”¹³³. Habiendo señalado lo anterior, si bien la CIDH reconoce no tener la naturaleza de un tribunal penal,

“154. (...) ello no obsta para observar que la forma en que se disminuyó, en repetidas ocasiones, la pena impuesta a los únicos dos perpetradores condenados, así como el hecho de que éstos pudieran salir y, según fue constatado por las autoridades internas, participar en la comisión de otro delito como parte de aparatos de inteligencia militar mientras estaban privados de libertad, indican una insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente graves violaciones a los derechos humanos como las cometidas en el presente caso”.

Por último, resulta interesante resaltar que la Corte interamericana reconoce en su decisión que la imposición de una sanción adecuada y proporcional juega un papel importante en la reconstrucción social y en la restauración del daño en favor de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos al señalar lo siguiente:

“153. Al respecto, el Tribunal estima pertinente reiterar que un procesamiento que se desarrolla hasta su conclusión y cumpla su cometido es la señal más clara de no tolerancia a las violaciones a los derechos humanos, contribuye a la reparación de las víctimas y muestra a la sociedad que se ha hecho justicia. La imposición de una pena apropiada en función de la gravedad de los hechos, por la autoridad competente y con el debido fundamento, permite verificar que no sea arbitraria y controlar así que no se erija en una forma de impunidad de facto. En este sentido, la Corte ha destacado que las sanciones administrativas o penales tienen un rol importante para crear la clase de competencia y cultura institucional adecuada para enfrentar los factores que explican determinados contextos estructurales de violencia¹³⁴”.

¹³³ Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 152.

¹³⁴ Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Párr. 150 y 153.

Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales antes mencionados y considerando el contexto de conflicto armado interno colombiano, el sistema regional, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha adelantado varios informes sobre la situación de derechos humanos en el país. Si bien no corresponden a un precedente jurisprudencial si permiten desarrollar unos lineamientos claros que deben ser considerados por el Estado dentro de su sistema de justicia transicional.

“255. (...) si bien la jurisprudencia interamericana ha establecido la irrenunciabilidad de la obligación de investigar graves violaciones a derechos humanos cometidas en el conflicto, tales como ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas o desplazamientos forzosos, ha reconocido, por ejemplo, la posibilidad de plantear la morigeración del poder punitivo del Estado, específicamente mediante la imposición de sanciones atenuadas. En ese supuesto, la Corte Interamericana en el caso de la Masacre de la Rochela resaltó la importancia de tomar en cuenta el principio de proporcionalidad en cuanto a que ‘la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado [...], por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos’. (...)”¹³⁵.

Con base en lo anteriormente indicado, se puede deducir que, dentro del marco del sistema Interamericano, la sanción constituye uno de los elementos fundamentales de la obligación de investigación y judicialización efectiva como parte del deber de respetar y hacer respetar el conjunto de derechos incorporados en la Convención. Al respecto, la jurisprudencia regional ha permitido sentar unos lineamientos claros que deben ser considerados por los Estados con el fin de satisfacer dicha obligación. Especialmente, cuando se investigan graves crímenes dentro del marco de sistemas transicionales, la Corte ha sido persistente en su intención de recordar la necesidad de aumentar los esfuerzos para que las sanciones sean proporcionales en relación con la gravedad de la conducta, se logre garantizar la reparación de los daños causado a las víctimas y se tomen las medidas adecuadas y necesarias para que los responsables no reincidan en las conductas.

¹³⁵ CIDH. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de [los] derechos humanos en Colombia / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párr. 255.

Esto con el fin de que los procesos transicionales no se conviertan en escenarios de impunidad y revictimización causando consecuencias adversas para la consolidación de la paz en los territorios afectados por el conflicto. Dichos lineamientos regionales han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia transicional colombiana, especialmente en el marco de Justicia y Paz, en sentencias de condena como por ejemplo contra el exjefe paramilitar Salvatore Mancuso. El Tribunal, citando las decisiones de la Corte Interamericana, ha determinado que “la **obligación de sancionar** a los responsables que de la obligación de garantía se desprende, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse por lo que el juzgamiento de los responsables evita el olvido de los abusos cometidos, propicia la aplicación de la justicia a cada caso y se constituye per se en una garantía de no repetición”¹³⁶.

Teniendo en cuenta que la JEP es un mecanismo judicial implementado hace más de cuatro años, por el momento, no se ha emitido ninguna sentencia condenatoria en alguno de sus macrocasos. No obstante, la Comisión Interamericana ha llevado a cabo el seguimiento a la implementación de órgano jurisdiccional y ha reconocido “(...) la importancia de la Jurisdicción Especial para la Paz para que Colombia cumpla con sus obligaciones en materia de investigación, juzgamiento y sanción”¹³⁷ y ha destacado los “avances en la acreditación de víctimas, la aplicación del enfoque étnico en la identificación de personas afectados por el conflicto armado y la creación de las comisiones técnicas para incorporar el enfoque étnico y racial en las actuaciones de la JEP”¹³⁸. Por tal motivo, si se quiere evitar futuras responsabilidades por parte del Estado colombiano, es fundamental que la JEP tenga en cuenta los parámetros fijados por la Corte al momento de imponer sus sanciones contra los declarados máximos responsables de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado.

¹³⁶ Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Salvatore contra Mancuso Gómez y otros. M.P: Léster M. González R.

¹³⁷OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). Nota de prensa disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/130.asp>.

¹³⁸OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Nota de prensa disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/185.asp>.

CAPÍTULO III: MECANISMOS DE ENJUICIAMIENTO PENAL INTERNACIONAL

En el capítulo anterior, se lograron identificar los lineamientos trazados por los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos (universal y regional) para evitar la impunidad y garantizar, en favor de las víctimas, la justicia, verdad, la reparación y la no repetición de los hechos victimizantes con el fin de cumplir con la obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar graves crímenes ocurridos dentro de sus territorios. Si bien estos lineamientos permiten dotar de herramientas a Estados y actores involucrados en los conflictos para aproximarse a las graves violaciones de los derechos humanos, lo cierto es que, en virtud del principio de soberanía, los Estados gozan de un margen de apreciación, lo cual les dota de cierta libertad para fijar las sanciones que consideren más adecuadas y proporcionales.

Sin embargo, cuando se trata de castigar a los perpetradores de los crímenes más atroces, los Tribunales Penales creados dentro del marco del derecho penal internacional han funcionado como modelos para países que buscan prevenir la impunidad a través de sus propios tribunales. Por ese motivo, el presente capítulo realizará un estudio sobre la forma empleada por los Tribunales Internacionales para juzgar y sancionar crímenes graves y representativos en contexto de conflicto armado internacional o no internacional y abordará, de manera general, los impactos que el trabajo adelantado por estos tribunales han tenido en los territorios afectados para contribuir en la consolidación de la paz.

Tal como lo indica Broomhall, el derecho penal internacional, a diferencia de otras áreas del derecho internacional, no puede ser considerado como un cuerpo normativo completamente unificado y coherente¹³⁹. Por el contrario, se nutre y evoluciona a partir de los diferentes retos que ha tenido que enfrentar la humanidad causados por situaciones de atrocidad y barbarie, convirtiéndolo en un derecho vivo aplicable por Estados y en constante evolución. De lo anterior, autores como Héctor Olásolo, al definir el derecho penal internacional consideran que éste “se caracteriza por constituir una respuesta de la sociedad internacional a las conductas que más

¹³⁹ BROOMHALL, Bruce (2004). *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford University. Pág. 2.

gravemente menoscaban sus valores fundamentales, y recurre para su aplicación a la creación de tribunales internacionales penales y a la acción de las jurisdicciones nacionales por medio del principio de justicia universal”¹⁴⁰.

Desde la implementación de los Tribunales de Núremberg y Tokio, la comunidad internacional ha reconocido como fundamental la necesidad de investigar, juzgar y sancionar a los principales autores de los crímenes más atroces con el propósito de lograr ese tránsito del conflicto a la consolidación de la paz. Sin embargo, con la implementación de los tribunales de enjuiciamiento penal como el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal de Ruanda y sin lugar a duda, la Corte Penal Internacional, se ha contribuido en gran medida en la construcción de una simetría internacional en la persecución y sanción de crímenes atroces¹⁴¹.

Los tribunales penales surgen a partir de la urgente necesidad de crear una respuesta clara contra la impunidad al hacer frente a los mayores y más atroces conflictos ocurridos en el mundo. Por medio de su Consejo de Seguridad, Naciones Unidas ha participado en la creación de tribunales penales internacionales como los de Ruanda y Yugoslavia, tribunales mixtos o híbridos como es el caso de Sierra Leona y Camboya y Salas Especiales en los casos de la República del Congo, Bosnia y Herzegovina y mecanismos penales con jurisdicción exclusiva como es el caso de Timor del Este y Kosovo¹⁴².

Los juicios penales con enfoque retributivo han sido los mecanismos tradicionalmente usados en el ámbito de la justicia transicional como un método adecuado no sólo para el cumplimiento de la obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar sino que también responde a las necesidades de las víctimas de responsabilizar al autor del crimen, especialmente en sociedades occidentales donde la justicia retributiva es el paradigma tradicionalmente utilizado en sus sistemas de enjuiciamiento para abordar el crimen. Bajo tal visión se ha entendido que la

¹⁴⁰ OLASOLO, Héctor. (2015). *¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?* Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional. 117-158, 143-144 (Ana Isabel Pérez-Cepeda. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015).

¹⁴¹ Óp. Cit. BROOMHALL, Bruce. Pág. 2.

¹⁴² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos. Nueva York y Ginebra.

gravedad del delito incrementa el deseo de las víctimas y las comunidades de lograr un castigo ejemplarizante y adecuado para el victimario¹⁴³.

No obstante, en el marco de la justicia transicional, los tribunales penales enfrentan importantes retos que han logrado poner en duda su efectividad para aproximarse de manera adecuada a las necesidades propias de la transición¹⁴⁴. Para mencionar sólo algunos, los tribunales penales tienen que cumplir su mandato en muy poco tiempo si se tiene en cuenta la complejidad de sus decisiones; son costosos en relación con el número de condenas que imponen¹⁴⁵; en ocasiones, se enfrentan con restricciones de acceso a la información para investigar crímenes que pueden involucrar personas de gran influencia social y política en los territorios afectados por el conflicto; y, en la mayoría de casos, deben tomar decisiones en medio de un ambiente político posiblemente adverso al cumplimiento de su mandato¹⁴⁶. Estos cuestionamientos han incluso alimentado la constante dicotomía entre la justicia y la paz en el contexto de la justicia transicional, permitiendo que, algunos expertos consideren que la construcción de paz y la reconciliación se yuxtapone con la necesidad de los abogados y defensores de los derechos de humanos en judicializar y condenar a los perpetradores de los crímenes para consolidar el Estado de derecho¹⁴⁷.

Si bien dichos cuestionamientos han sido mencionados a lo largo de esta investigación, es importante también reconocer los aportes de los mecanismos judiciales en los procesos de transición. Para mencionar solo algunos, en los casos de los tribunales híbridos como los implementados en Sierra Leona, Timor del Este y Kosovo, se reconoce que su establecimiento alentó la necesidad de demanda social por un cambio a través de la rendición de cuentas sobre lo ocurrido, se fomentó la conformación de organizaciones de sociedad civil que promovieron la cultura de los derechos humanos y el Estado de Derecho y se fortaleció la participación de dichas organizaciones en la investigación de los casos aportando evidencias, informes técnicos y apoyo

¹⁴³ Óp. Cit. MCGONIGLE, Brianne. Pág. 57.

¹⁴⁴ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág.

¹⁴⁵ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág.

¹⁴⁶ BACHMANN, Klaus; FATIĆ, Aleksandar. (2015). *The UN International Criminal Tribunals: Transition Without Justice?* Routledge, Pág. 125.

¹⁴⁷ Tomado de: BUENO, Isabella. *Mass victimization and restorative justice in Colombia: Pathways towards peace and reconciliation?* p12. KU Leuven. 2013 LAMBOURNE Wendy. *Transitional justice and peacebuilding after mass violence. Seminar presentation, Centre for Peace Research and Strategic Studies*, Leuven: KU Leuven. 2006.

político fundamental para el ejercicio del mandato¹⁴⁸, elementos que sin duda contribuyen de manera sustancial en los procesos de consolidación de los estados democráticos y en la restauración del daño de las víctimas.

Sin embargo, en contextos de violencia sistemática, entender el derecho a la justicia como el derecho a enjuiciar resulta bastante limitado¹⁴⁹. Por ese motivo es innegable el papel que los tribunales penales han tenido en la consolidación de los procesos transicionales en los países donde ejercen jurisdicción a través de la debida persecución de los responsables de los crímenes más atroces cometidos por la humanidad. Sin duda, los modelos de enjuiciamiento que serán analizados son de obligatorio seguimiento para aquellos Estados que buscan transitar hacia la paz cumpliendo con el estándar internacional delimitado para cumplir con su obligación de investigación y judicialización efectiva.

1. Los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda

Los Tribunales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda fueron creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el propósito de contribuir en la restauración y mantenimiento de la paz por medio de la persecución penal. Si bien ambos tribunales han culminado su mandato en 2017 y 2015 respectivamente, su contribución en la persecución y sanción de crímenes contra el derechos internacional humanitario, ha permitido que el derecho penal internacional deje de ser un instrumento limitado a establecer lineamientos y recomendaciones para los Estados que enfrentan situaciones de conflictividad interno o internacional, sino que se empieza a consolidar como un mecanismo de persecución contra la impunidad sobre los crímenes ocurridos en los conflictos armados del mundo.

1.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

¹⁴⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos. Nueva York y Ginebra, Pág. 33.

¹⁴⁹ LAMBOURNE, Wendy (2016). “Restorative justice and reconciliation: The missing link in transitional justice”. *Restorative justice in transitional settings*. Edt. CLAMP, Kerry. Routledge, Pág. 61.

El TPIY fue creado por medio de la Resolución 827 de 1993 con el fin de investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos como consecuencia de la violencia sistemática en la región que comprende la antigua Yugoslavia a partir de 1991. El Consejo de Seguridad consideró que un mecanismo judicial de orientación retributiva sería lo más adecuado para abordar las violaciones sistemáticas a la Convención de Ginebra. De acuerdo con la resolución, el tribunal tenía la función exclusiva de acusar a las personas responsables de las violaciones graves al derecho internacional humanitario ocurridos en los territorios de la antigua Yugoslavia¹⁵⁰ y de imponer sanciones exclusivamente relacionadas con las penas privativas de la libertad teniendo como criterios orientadores la gravedad de la conducta y la situación personal del condenado¹⁵¹.

Bajo estos lineamientos, el tribunal transitorio internacional fue visto por el Consejo de seguridad como una oportunidad para lograr la paz en la región de los Balcanes por medio de la justicia. Así lo hicieron ver en la Resolución 1166 de 1998 al considerar que la judicialización y condena efectiva de los perpetradores de los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia contribuirían a la restauración y la consolidación de la paz¹⁵², objetivos que para algunos salían de la órbita de los mecanismos judiciales¹⁵³. En cuanto a las penas, si bien la resolución no estableció líneas claras para la determinación de las sanciones privativas de la libertad, el tribunal estableció, a través de su jurisprudencia como criterios orientadores: la gravedad del daño y si confluyen factores de atenuación punitiva con el propósito de contribuir en la rehabilitación del autor¹⁵⁴.

Tal como ocurre en los mecanismos judiciales ordinarios, la jurisprudencia del tribunal desarrolló una serie de reglas aplicados a casos concretos con el propósito de determinar la mayor o menor gravedad de las condenas. Para mencionar solo algunos, consideró la necesidad de imponer sanciones más graves contra los perpetradores que por su relación de mando dieron la orden para cometer los delitos privilegiando la necesidad de la comunidad de internacional de ver

¹⁵⁰ Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 827, art 1. 25 de mayo de 1993. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>.

¹⁵¹ *Ibidem*, art. 24.

¹⁵² Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1166. 13 de mayo de 1998.

¹⁵³ HENHAM, Ralph (2003). "The philosophical foundations of international sentencing". *Journal of International Criminal Justice*, Vol 1. Pág 68.

¹⁵⁴ DOHERTY, Joseph & STEINBERG, Richard (2016). "Punishment and policy in international criminal sentencing: An empirical study". *American Journal of International Law*, 110(1), 49-81.

a los máximos responsables obtener penas más severas¹⁵⁵. Adicionalmente, fijó reglas que permitieron tener en cuenta la edad de los perpetradores al momento de cometer el crimen como elemento para determinar la mayor o menor dosificación punitiva considerando que aquellos que se vieron involucrados en la comisión de graves crímenes a una edad muy temprana tenían mayor posibilidad de rehabilitación¹⁵⁶. Asimismo, concedió penas menos severas para aquellos que demostraran arrepentimiento y promovieran medidas de solución pacífica del conflicto, con el propósito de contribuir en el proceso de reconciliación social en la región¹⁵⁷.

Cumplido el mandato del TPIY en 2017, algunos autores han considerado que al delimitarse los propósitos para los cuales fue creado este Tribunal estrictamente en la judicialización y condena de los responsables, es posible considerar que dichos fines han sido alcanzados si se tiene en cuenta que no se tienen fugitivos pendientes de ser detenidos, se tiene un alto porcentaje de individuos acusados por la Fiscalía que han reconocido responsabilidad por los crímenes imputados, y sólo en algunos casos, las acusaciones han sido retiradas por la muerte de los procesados como es el caso de Slobodan Milošević y de Slavko Dokmanović¹⁵⁸.

Sin embargo, este Tribunal tuvo que enfrentar retos importantes para la ejecución de su labor si se tiene en cuenta que, debido a la falta de cooperación inicial por parte de los Estados involucrados, generada en gran parte por el momento político que se vivía en la región, no se pudo adelantar una investigación desde la base hasta la cúspide de la pirámide con el fin de juzgar a los líderes o altos mandos responsables. Al respecto, la juez del Tribunal Elizabeth Odio consideró que “el Tribunal nació a la vida jurídica internacional en medio de la guerra, cuando algunos de los acusados más connotados no sólo eran entonces los generales victoriosos, sino los interlocutores políticos de las dificultosas conversaciones de paz”¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Ibidem. Pág. 59.

¹⁵⁶ Óp. Cit. DOHERTY, Joseph & STEINBERG, Richard. Pág. 61.

¹⁵⁷ Ibidem. Pág. 63.

¹⁵⁸ BACHMANN, Klaus; FATIĆ, Aleksandar. (2015). *The UN International Criminal Tribunals: Transition Without Justice?* Routledge. Pág. 138.

¹⁵⁹ ODIO BENITO, Elizabeth. (1996). “El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia-Justicia para la Paz”. *Revista HDH Vol. 24*. Pág. 152.

Si bien se resalta el trabajo llevado a cabo por el TPIY en el reconocimiento de la violencia sexual en el marco del conflicto y el uso de la violencia sexual como herramienta de guerra con las sentencias contra Zejnir Delalić, Dragoljub Kunarac, y otros, para los defensores de los derechos de las víctimas, los procedimientos tradicionalmente retribucionistas obligaban a que las víctimas jugaran un rol pasivo en el proceso -teniendo en cuenta que el mandato del Tribunal se limitaba estrictamente en la judicialización y condena individual de responsables-. obligándolas a reducir la narrativa de las declaraciones exclusivamente en el marco de la responsabilidad penal del procesado sin que se les permitiera hablar de sus experiencias¹⁶⁰. En consecuencia, se sostiene que tanto los testigos como las víctimas consideraron la experiencia como traumática y deshumanizante¹⁶¹

Adicionalmente, se ha sostenido que, en varios de los pronunciamientos, las decisiones de las Salas, al ser estrictamente retribucionistas, contribuyeron en cierta medida con las narrativas que fundaron la violencia en la región al formular afirmaciones relacionadas con la nacionalidad o religión del perpetrador o de las víctimas. Por ejemplo, al utilizar en sus acusaciones expresiones en contra de personas de nacionalidad croata por cometer delitos en contra de *no croatas* o identificar a militares serbios por cometer crímenes contra las víctimas *no serbias*, lo cual, para ellos, mantiene la segregación cultural y refuerzan de cierta manera las narrativas que originaron los conflictos étnicos y religiosos en la región¹⁶².

Otros de los cuestionamientos es que el TIY no fue efectivo en lograr prevenir que más delitos ocurrieran, es decir, que la conformación de este tribunal no sirvió de elemento persuasivo para los perpetradores. Por el contrario, poco tiempo después de su implementación ocurrió el genocidio en Srebrenica, el cual fue una de las mayores masacres de la región, la expulsión más grande de civiles croatas ocurridos en el marco de la operación tormenta y los crímenes masivos ocurridos en Kosovo.

¹⁶⁰ KELLY, Michael (2013). "The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court". In *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, pp. 47–66.

¹⁶¹ MERTUS, Julie (2004). "Shouting from the Bottom of the Well. The Impact of International Trials for Wartime Rape on Women's Agency". *International Feminist Journal of Politics*, 6:1, 110-128, DOI: 10.1080/1461674032000165950.

¹⁶² BACHMANN, Klaus. "Efficiency: The ICTs and their tasks". *The UN International Criminal Transitions without Justices?* Pág. 142.

Finalmente, el tribunal fue ampliamente cuestionado por mantener la impunidad de algunos crímenes al no haber adelantado ninguna investigación en relación con las infracciones ocurridas por las operaciones adelantadas por NATO a pesar de haber tenido competencia para ello. Entre dichas infracciones se encuentran el bombardeo de la embajada china en la ciudad de Belgrado en mayo de 1999 y el bombardeo de un tren de pasajeros dejando diez civiles muertos y 15 heridos. Estos eventos fueron apenas reconocidos por NATO como daños colaterales, lo cual deja en el ambiente una sensación de que el Tribunal fue diseñado en una relación de condena del vencedor al vencido lo cual no contribuye para nada en la restauración de los lazos entre los países de la región.

1.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fue conformado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, luego de que el mundo fuera testigo del genocidio de más de 600.000 personas pertenecientes a la minoría étnica Tutsi. Adicional al tribunal internacional, el Estado implementó diferentes mecanismos con el fin de aproximarse de una manera integral a las necesidades existentes en el país causadas por el genocidio étnico. Entre las más reconocidas se encuentra la conformación de un tribunal doméstico diferente al TPIR y las conocidas *Cortes Gacaca* que incorporaron métodos tradicionales de resolución de conflictos dentro del ordenamiento jurídico con el fin de atender los juicios de la gran mayoría de personas involucradas en el genocidio utilizando un paradigma de justicia restaurativo¹⁶³.

En el plano internacional, al TPIR se le confirió la competencia para enjuiciar a los máximos responsables del genocidio y de otras violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario ocurridos en Ruanda y a “ciudadanos de Ruanda responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos”¹⁶⁴ entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

¹⁶³ CLARK, Phil (2010). “Interpreting gacaca: the rationale for analyzing a dynamic socio-legal institution”. *The Gacaca Courts, Post-Genocide Justice and Reconciliation in Rwanda Justice Without Lawyers*. Cambridge University Press.

¹⁶⁴ Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 955, art 1: Competencia del Tribunal Internacional para Ruanda. 8 de noviembre de 1994.

Con menos recursos y menos atención de la comunidad internacional¹⁶⁵, el TPIR sólo podía imponer penas privativas de la libertad dentro de Ruanda o en lugares designados por el Tribunal¹⁶⁶.

No obstante, a diferencia del TPIY, el contexto político que enfrentaba Ruanda cuando se implementó el Tribunal era favorable con la labor de persecución de los responsables. Quienes promovieron el genocidio fueron removidos del poder y reemplazados por un gobierno militar que impulsó una campaña de persecución en contra de las personas involucradas, logrando encarcelar a cientos de personas, lo cual, para 1998 aumentó de manera dramática la población carcelaria que vivía en condiciones inhumanas generando que para 2002 se impusieran medidas de amnistías y perdón a los acusados que reconocieran responsabilidad ante la Cortes Gacaca¹⁶⁷. Sin embargo, la situación en el país estaba lejos de ser pacífica, en medio del inicio de los trabajos del Tribunal, Ruanda se enfrentaba a una de sus peores crisis económicas, miles de personas fueron desplazadas hacia países vecinos con el mayor campo de refugiados ubicado en Zaire (actualmente la Democrática República del Congo), y se temía que radicales Hutus buscaran reclutar más personas con el propósito de lograr vengarse de los homicidios ocurridos en Kigali.

En medio de este contexto, el TPIR entró en funcionamiento diseñado para imponer, al igual que el TPIY, sanciones de corte retribucionista al establecer en su artículo 23 la facultad para imponer penas sin establecer un rango de mínimos o máximos y teniendo en cuenta para la dosificación de la pena, la gravedad de la conducta y las condiciones personales del condenado¹⁶⁸. Bajo dicho marco, el Tribunal logró condenas de máximos responsables con sanciones entre los 20 años y la prisión perpetua, y en casos menos representativos, logró reconocimientos de responsabilidad de los procesados a cambio de condenas de prisión menores.

¹⁶⁵ BACHMAN, Klaus & FATIC, Alexander (2015). “The legacy of the ICTY and the ICTR”. *The UN International Tribunals: Transition Without Justice?* Routledge. Pág. 242.

¹⁶⁶ Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 955, art 1: Competencia del Tribunal Internacional para Ruanda. 8 de noviembre de 1994.

¹⁶⁷ Óp. Cit. CLARK, Phil. Pág. 50.

¹⁶⁸ Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 955, art 1: Competencia del Tribunal Internacional para Ruanda. 8 de noviembre de 1994. Art 23.

Dentro de los fallos más representativos por parte del Tribunal se encuentra el asunto contra *Bayaragwiza* quien fue condenado a 35 años de prisión y la condena a prisión perpetua impuesta contra el ex primer ministro *Kambanda* quien recibió dicha condena a pesar de haberse declarado culpable¹⁶⁹. Bajo lo anterior, se entiende que las penas impuestas en el Tribunal de Ruanda fueron más severas que las del Tribunal de Yugoslavia¹⁷⁰, no obstante, en los casos Ruggiu, Rutaganira y Muhimana¹⁷¹ el Tribunal tuvo en cuenta la rehabilitación del condenado como un fin secundario del Derecho Penal Internacional al momento de imponer sus sanciones.

En la práctica los jueces del tribunal no dieron especial relevancia a las causales de atenuación punitiva al momento de imponer las sentencias¹⁷² ni a las negociaciones por reconocimiento de responsabilidad¹⁷³. En contraste, se vieron varios casos de prisiones preventivas por largos periodos de tiempo sin que se les resolviera de manera definitiva su situación jurídica¹⁷⁴. Uno de los casos más llamativos es el adelantado contra *Zigiranyirazo* quien fue privado de la libertad por más de siete años y resultó finalmente absuelto por la sala de apelación sin recibir ningún tipo de compensación por su tiempo en prisión¹⁷⁵.

Pese a la severidad de los castigos impuestos, se critica que el Tribunal no contribuyó de manera directa para lograr la reconciliación de un país altamente dividido y limitó su función en la persecución, judicialización y castigo entregando a las víctimas la tan anhelada justicia¹⁷⁶. A diferencia del TPIY, los resultados del TPIR son menores, luego de cumplido su mandato en 2015, algunas personas continúan prófugas de la justicia. El caso más emblemático es el del empresario *Félicien Kabuga*, acusado de financiar el genocidio, quien fue detenido sólo hasta el mes de mayo de 2020 en Francia y será juzgado por el Mecanismo Residual para los Tribunales Penales

¹⁶⁹ Óp. Cit. BACHMANN, Klaus; FATIĆ. Pág. 39.

¹⁷⁰ DOHERTY, Joseph & STEINBERG, Richard (2016). Punishment and policy in international criminal sentencing: An empirical study. *American Journal of International Law*, 110(1).

¹⁷¹ Ibidem. Pág. 130.

¹⁷² Óp. Cit. DOHERTY, Joseph & STEINBERG, Richard. Pág. 73.

¹⁷³ Óp. Cit. BACHMANN, Klaus; FATIĆ, Aleksandar. Pág. 127.

¹⁷⁴ Al respecto ver: Prosecutor Vs Zigiranyirazo; Prosecutor Vs Bayaragwiza

¹⁷⁵ Al respecto ver: Prosecutor Vs Zigiranyirazo.

¹⁷⁶ Óp. Cit. BACHMANN, Klaus; FATIĆ, Aleksandar. Pág. 138.

internacionales¹⁷⁷. Debido a lo anterior, se ha considerado que los tribunales judiciales difícilmente pueden contribuir al cambio social que se requiere para lograr la transición hacia la paz¹⁷⁸. Debido a su finalidad retributiva, no se espera que los jueces realicen labores directas con las comunidades o encuentros directos con las víctimas y los perpetradores que les permitan ir más allá de su función jurisdiccional¹⁷⁹.

Es por ese motivo que se ha planteado la necesidad de lograr que, para tener una mejor aproximación al contexto y de esta manera contribuir a la restauración de los territorios luego del conflicto, los mecanismos judiciales puedan incluir medidas que estén más orientadas a contribuir a la reconstrucción de la sociedad y no se limiten exclusivamente al castigo¹⁸⁰. En ese sentido, a partir de las experiencias de Yugoslavia y Ruanda, si bien es innegable la gran contribución de estos dos tribunales en el marco del derecho penal internacional debido a sus amplios desarrollos jurisprudenciales en temas tan importantes como la responsabilidad de mando o en la visibilización de la violencia sexual en el marco del conflicto¹⁸¹, resulta evidente la necesidad de comprender la lucha contra la impunidad como un aspecto que supera los límites de lo judicial y promueve por escenarios de verdad, reparación y no repetición para las víctimas como parte del proceso de consolidación hacia los valores propios de los Estados de Derecho¹⁸².

Para los expertos en justicia transicional, estos Tribunales podrían llegar a jugar un papel mucho más importante en los procesos de construcción de paz si se pudieran implementar medidas efectivas de restauración con impacto favorable para las víctimas afectadas por los crímenes y en los territorios más afectados¹⁸³. Por el contrario, su visión retribucionista, estrictamente limitada en la imposición de una pena ligada con la restricción de la libertad, resulta ser bastante limitado

¹⁷⁷ Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales fue establecido por el Consejo de Seguridad en virtud de la Resolución 1966 de 2010, con el propósito de concluir la labor iniciada por los Tribunales Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda. El Mecanismo está integrado por dos subdivisiones que corresponden a cada uno de los tribunales.

¹⁷⁸ VAN DEN WYNGAERT, Christine (2011). Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 44(1-2), 475.

¹⁷⁹ Advisory Council on International Affairs & Advisory Committee on Issues of Public International Law (2009). *Transitional Justice and Peace*. The Hague

¹⁸⁰ Óp. Cit BUENO, PARMENTIER. & WEITEKAMP. Pág. 40.

¹⁸¹ Óp. Cit. BACHMANN, Klaus; FATIĆ, Aleksandar. Pág. 201.

¹⁸² Óp. Cit. CHINCHÓN ÁLVAREZ. Pág. 19.

¹⁸³ Óp. Cit. CLAMP, K & DOAK, J. Pág. 300.

en relación con las necesidades propias de la transición¹⁸⁴. Es por esto que, atendiendo a la complejidad de reconociendo las restricciones que ofrecen los mecanismos de enjuiciamiento penal en el marco de la justicia transicional, los Estados han optado por acudir a otros mecanismos no judiciales como comisiones de la verdad, que por su misma naturaleza ofrecen medidas alternativas de acercamientos entre los agresores, las víctimas y la comunidad afectada con la finalidad de implementar medidas de restauración del daño, lo que permite lograr tener mayor incidencia y campo de acción sin limitar su función al castigo de los perpetradores sino en ser actores importantes en la restauración de la sociedad¹⁸⁵.

2. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) es el principal instrumento creado dentro del derecho penal internacional para evitar la impunidad de conductas, prevenir la ocurrencia de nuevos crímenes y responder de manera adecuada y ejemplarizante con los delitos más atroces cometidos por la humanidad¹⁸⁶. Se encuentra facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas naturales que hayan participado o cometido crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o crímenes de agresión. Si bien es un órgano judicial permanente¹⁸⁷, su competencia solamente puede ser activada de manera complementaria en la medida en que se pueda evidenciar las siguientes circunstancias: i) que sean hechos que puedan constituir crímenes bajo el Estatuto de Roma y no hayan sido objeto de investigación o enjuiciamiento por parte del Estado que tenga jurisdicción; ii) que dicho asunto haya sido objeto de investigación o enjuiciamiento pero el Estado que tenga jurisdicción no activa la persecución penal bien sea porque se encuentra en imposibilidad para hacerlo o no está dispuesto y, por último iii) cuando el responsable haya sido enjuiciado por el Estado pero dicho juzgamiento se haya hecho con el propósito de sustraerlo de responsabilidad

¹⁸⁴ Óp. Cit. BLANCO CORTINA. Pág. 17.

¹⁸⁵ Óp. Cit. CLAMP, K & DOAK, J. Pág. 342.

¹⁸⁶ Estatuto de Roma, Preámbulo “Los Estados partes a este Estatuto enfatizan que la Corte Penal Internacional establecida en este Estatuto será complementaria a las jurisdicciones penales nacionales”.

¹⁸⁷ Estatuto de Roma, 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”.

penal, en incumplimiento de las garantías procesales o con el fin de prevenirlo de enfrentar la acción de la justicia¹⁸⁸.

Teniendo en cuenta la última circunstancia que activa la competencia del Tribunal, es preciso señalar que el artículo 80 del Estatuto de Roma no establece una regla fija sobre la manera como los Estados deben sancionar a los responsables de los crímenes más graves. Por el contrario, dispone que, “[n]ada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”. Lo cual permite deducir que, siguiendo los lineamientos fijados por el Sistema Universal de protección de los Derechos humanos, en virtud del principio de soberanía, los Estados parte del Estatuto gozan de un margen de apreciación para fijar las sanciones que consideren más adecuadas. En ese orden de ideas, en virtud del principio de complementariedad, los Estados parte están en la obligación de adoptar las medidas necesarias y los procedimientos adecuados para garantizar la adecuada investigación y juzgamientos de los crímenes de competencia de la Corte so pena de activar su competencia. En consecuencia, no existe una obligación a cargo de los Estados de imponer penas mínimas o máximas, por el contrario, la finalidad de dicha disposición es que no se limite la capacidad de estos de imponer penas mayores a las establecidas en el Estatuto¹⁸⁹.

De esta forma, con el propósito de incidir en la lucha contra la impunidad de graves crímenes dentro de los ordenamientos locales, el Estatuto señala de manera expresa la necesidad de que los Estados parte adopten una serie de procedimientos estructurados y desarrollados de tal manera que permitan que la investigación y enjuiciamiento de los crímenes contenidos en el Estatuto conduzcan a la identificación y sanción de los responsables de estos mismos. De lo contrario, la CPI estará facultada para examinar estas situaciones, en el marco del principio de complementariedad que rige sus funciones¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Estatuto de Roma, art. 20.3. Lit. b).

¹⁸⁹ STAHN. Carsten. Fair and Effective Investigation and Prosecution of International Crimes. International Nuremberg Principles Academy. Disponible en: https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/user_upload/Fair_and_Effective_Investigation_and_Prosecution_of_International_Crimes.pdf.

¹⁹⁰ Estatuto de Roma. Preámbulo y artículo 1.

Ahora bien, en cuanto a las penas que debe imponer la Corte Penal sobre los perpetradores de los crímenes tipificados, el artículo 77 del Estatuto establece unas reglas de dosificación punitiva que van desde la imposición de penas que no excedan de 30 años a la reclusión a perpetuidad cuando se justifique la extrema gravedad del crimen¹⁹¹. Dichas sanciones deben ser impuestas teniendo en cuenta factores como la gravedad de la conducta y las circunstancias penales del condenado. Estos criterios generales han permitido que algunos autores consideren que en el marco del derecho penal internacional no exista un consenso para establecer las finalidades de la pena, incluso, algunos han llegado a criticar la severidad de las penas impuestas por la Corte¹⁹². Si bien algunos sostienen que las finalidades de la pena en el marco del derecho internacional puedan ser las mismas aplicables para el derecho penal ordinario, otros consideran que dichas finalidades deben satisfacer las necesidades propias de la gravedad de los delitos que se juzga¹⁹³.

La jurisprudencia de la CPI ha expuesto de manera no taxativa algunos de los elementos que hay que tener en cuenta al momento de imponer la sanción. Por ejemplo, en el análisis que llevó a cabo en el caso contra *Germain Katanga*, encontrado culpable por cometer crímenes de lesa humanidad y graves crímenes de guerra durante el ataque de Bogoro en la República Democrática del Congo, estableció que los fines de la pena en el marco del Estatuto de Roma incluyen: i) dar respuesta a la necesidad legítima de verdad y justicia expresada por las víctimas y sus familiares; ii) expresar por medio del castigo el estigma social que rodea al crimen y a su autor; iii) reconocer el daño y el sufrimiento causado a las víctimas; iv) disuadir a quienes pudieran

¹⁹¹ Estatuto de Roma, art.77: “La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

¹⁹² HARMON, MARK, and GAYNOR, FERGAL. (2007). “Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes”. *Journal of International Criminal Justice*. Pág. 6.

¹⁹³ OLASOLO, Héctor. (2016). Los fines del derecho internacional penal. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 93-146. Disponible en: [http:// dx.doi.org/10.11144/ Javeriana.il 14-29.f dip](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.f dip).

potencialmente pensar en cometer crímenes similares; v) evitar cualquier deseo de causar venganza de propia mano; y vi) promover la rehabilitación de los condenados¹⁹⁴.

En ese sentido, si bien en el Derecho Penal Internacional, y concretamente en el Estatuto de Roma, no existen unos estándares claros en materia de sanciones que impongan la necesidad de aplicar penas propias de la justicia retributiva, o que determinen un mínimo de años de privación de la libertad para quienes son hallados responsables de crímenes internacionales, la jurisprudencia de la CPI y su Fiscalía, por medio de informes y comentarios, ha dejado entrever una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta al momento de aplicar cualquier tipo de sanción relacionada con crímenes internacionales que deben ser tenidos en cuenta por los Estados parte al momento de imponer sus propios procedimientos judiciales si no quieren activar la competencia jurisdiccional de la Corte.

Ahora bien, al comprender que la CPI actúa como una herramienta del DPI para luchar contra la impunidad de graves crímenes¹⁹⁵, la literatura ha empezado a analizar el trabajo del mecanismo judicial no solo dentro del marco de la investigación, judicialización y condena efectiva de individuos responsables sino también en el impacto de sus decisiones en la reparación de las víctimas y en los procesos de transformación de las sociedades afectadas¹⁹⁶. En el marco de la reparación de las víctimas, jueces de la Corte como Christine Van den Wyngaert han llegado a sostener que la CPI ha permitido hacer el paso de un modelo de justicia puramente retributivo a uno más restaurativo¹⁹⁷. En contraste con otros mecanismos judiciales, las víctimas ante la CPI han logrado ocupar un lugar importante si se tiene en cuenta que en los procedimientos judiciales se han creado espacios claros de participación, pero sin lugar a dudas, uno de los logros más importantes alcanzados hasta ahora se encuentra en la creación de la Unidad para las Víctimas y

¹⁹⁴ OLÁSULO, Héctor. (2009). El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho penal contemporáneo* No 27.

¹⁹⁵ Estatuto de Roma, preámbulo: “Los Estados parte en el presente Estatuto (...) Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

¹⁹⁶ Óp. Cit. OLÁSULO, Héctor. (2009). Pág. 105.

¹⁹⁷ VAN DEN WYNGAERT, Christine (2011). Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 44(1-2), 475.

Testigos¹⁹⁸, implementado con el propósito de crear medidas de protección para aquellas víctimas que participarán en los juicios y el Fondo para las Víctimas¹⁹⁹ creado para proveer asistencia integral para víctimas y sus familiares y garantizar medidas de compensación luego de proferida la sentencia.

Sin embargo, teniendo en cuenta la conceptualización sobre la justicia restaurativa desarrollada en capítulos anteriores, es posible deducir que, si bien las medidas de participación de las víctimas en los procedimientos adelantados ante la CPI representan un avance importante en la visibilización de las víctimas como principales titulares del daño causado por el crimen de guerra o de lesa humanidad, esta intervención judicial, por sí sola, no pueden ser entendida como restaurativa. Por el contrario, el uso del paradigma de la justicia restaurativa implica, en los procedimientos judiciales, que las víctimas puedan actuar al igual que el perpetrador como partes con el fin de lograr una mejor comprensión de lo ocurrido, conocer las consecuencias del daño y la construcción de las medidas necesarias para su satisfacción²⁰⁰.

Ahora bien, en cuanto al impacto de sus decisiones en los territorios afectados por los crímenes, se ha criticado ampliamente el hecho de que las decisiones tomadas en la Haya a cientos de kilómetros de distancia de donde ocurrieron los más atroces crímenes, no han tenido el nivel de incidencia que se requiere para transformar una sociedad en conflicto²⁰¹. Incluso, Mark J. Osiel propone reestructurar el procedimiento judicial con el fin de que en los juicios orales se pueda construir una narrativa histórica sobre lo sucedido²⁰². Para otros, esta propuesta simplemente escapa de la naturaleza misma de los tribunales penales, aunque las sentencias contribuyen en gran medida en el esclarecimiento de lo ocurrido, sus decisiones siempre estarán diseñadas con la

¹⁹⁸ Estatuto de Roma, art 43 num6: “El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual”.

¹⁹⁹ Estatuto de Roma, art. 79: “Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias”.

²⁰⁰ Óp. Cit. CLAMP, K & DOAK, J. Pág 343.

²⁰¹ Óp. Cit. OLÁSULO, Héctor (2009). Pág. 103.

²⁰² OSIEL, Mark (1997). *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law* (Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, London.

finalidad de determinar responsabilidad penal individual lo cual limita la posibilidad de generar narrativas amplias sobre lo ocurrido en el conflicto armado²⁰³.

En el caso colombiano²⁰⁴, desde 2004, la Fiscalía de la CPI decidió abrir investigación preliminar debido a la sistemática violación del Estatuto, concretamente en relación con crímenes relacionados con ejecuciones extrajudiciales de civiles, desplazamiento forzado de la población civil, torturas y escenarios de violencia sexual ocurridos en el marco del conflicto armado no internacional que ha venido enfrentado el país por más de cinco décadas. La Fiscalía ha tenido especial interés en investigar las ejecuciones extrajudiciales de civiles a manos de integrantes de la fuerza pública con el fin de hacerlos pasar por bajas en combate entre 2002 y 2009, los cuales fueron conocidos por la opinión pública como “falsos positivos”. Sin embargo, con la firma del Acuerdo Final de Paz entre el gobierno nacional y la extinta guerrilla de las FARC-EP y, concretamente con la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz como mecanismo jurisdiccional transicional encargado de juzgar y sancionar los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado, la Fiscalía de la CPI ha decidido respaldar y priorizar los mecanismos judiciales internos siempre y cuando se garantice la efectiva judicialización de los responsables de los crímenes.

Por tal motivo, la Fiscalía de la CPI resolvió cerrar condicionalmente el examen preliminar a la espera de que el sistema de enjuiciamiento transicional implementado en Colombia realice las investigaciones y se logre con la judicialización efectiva de los responsables de los crímenes de guerra ocurridos en el marco del conflicto armado no internacional. En ese sentido, el 28 de octubre de 2021, el Gobierno de Colombia y Fiscalía CPI firmaron un acuerdo en virtud del cual, se respalda el mecanismo judicial interno y la Fiscalía cierra condicionalmente su examen. Sin embargo, en virtud del artículo 20 del Estatuto de Roma, el órgano de persecución internacional

²⁰³ Álvarez, José E (1998) Lessons from the Akayesu Judgment, 5 *ILSA Journal of International and Comparative Law*. Citado por: OLÁSULO, Héctor (2009). El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho penal contemporáneo*, no 27.

²⁰⁴ Colombia depositó su instrumento de ratificación del Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002, por lo tanto, la CPI tiene competencia respecto de los crímenes consignados en dicho instrumento internacional a partir del primero de noviembre de 2002. No obstante, la Corte sólo puede ejercer su competencia sobre crímenes de guerra cometidos desde 1º de noviembre de 2009, de conformidad con la declaración formulada por Colombia con arreglo al artículo 124 del Estatuto.

“podrá reconsiderar su evaluación de la complementariedad a la luz de cualquier cambio significativo de las circunstancias, incluyendo toda medida que pueda obstaculizar significativamente el progreso y/o la autenticidad de los procedimientos pertinentes y la aplicación efectiva y proporcionada de sanciones penales de naturaleza retributiva y restaurativa”²⁰⁵.

Dicho lo anterior, partiendo del análisis adelantado sobre los principales tribunales internacionales, se pueden identificar de manera general las siguientes finalidades en el marco del derecho penal internacional que tendrán que ser tenidos en cuenta por la JEP al momento de imponer sus sanciones²⁰⁶:

- *Retribución*. Entendida esta como “la necesidad de castigar a quienes han infringido las normas internacionales penales porque es lo que se merecen moralmente, con independencia de los beneficios que puedan derivarse de su aplicación en la sociedad internacional”²⁰⁷.
- *Prevención general negativa*. La pena debe lograr incidir de tal manera que se logre evitar que tanto el condenado (general) como quienes hagan parte del grupo de máximos responsables (especial) reincidan en la comisión de crímenes internacional²⁰⁸.
- *Prevención general positiva*. Se busca que la pena logre generar una “conciencia jurídica universal entre quienes dirigen las instituciones estatales y las organizaciones con capacidad suficiente para cometer crímenes internacionales, mediante la reafirmación de sus normas y los valores sociales que estas protegen”²⁰⁹.
- *Justicia para las víctimas*. Este fin de la pena fue especialmente abordado por el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el caso Momir Nikolić, donde se afirmó que

²⁰⁵ Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de Colombia y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, art. 6. 28 de octubre de 2021 Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Comunicado-de-Prensa-sobre-la-decisi%C3%B3n-del-fiscal-de-la-Corte-Penal-Internacional-sobre-examen-preliminar-en-Colombia/535686349-CPI-Acuerdo-de-Cooperacio-n%20%281%29.pdf>.

²⁰⁶ Óp. Cit. OLÁSULO, Héctor (2009). Pág. 100.

²⁰⁷ Ibidem. Pág. 112 a 113.

²⁰⁸ Ibidem. Pág. 116 a 117.

²⁰⁹ Ibidem. Pág.123.

el castigo debe reflejar las peticiones de justicia de quienes han sido víctimas directas e indirectas de los hechos que constituyen crímenes internacionales y han sido juzgados²¹⁰.

²¹⁰ Ibidem. Pág. 131.

CAPITULO IV: LA JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ

El 26 de agosto de 2016, la guerrilla de las FARC-EP y el Estado Colombiano, decidieron poner fin a más de cincuenta años de guerra a través de la firma del Acuerdo Final de Paz (AFP), un complejo documento que, además de contemplar la metodología para poner fin a la confrontación entre las partes, plantea soluciones ambiciosas para buscar resolver las principales causas estructurales del conflicto que llevaron a la victimización de más de nueve millones de personas²¹¹. El AFP se compone de diferentes capítulos, destinados a implementar las medidas y políticas necesarias en aspectos tan importantes para consolidar la paz como la dejación de armas, la garantía de la participación en política del extinto grupo guerrillero, la reforma rural integral enfocada en la redistribución equitativa de la tierra en favor de la población campesina y las medidas para alcanzar la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas del conflicto armado junto con sus garantías de no repetición.

A diferencia de otras experiencias de justicia transicional en el mundo, el Acuerdo Final de Paz colombiano logra poner fin al conflicto entre la guerrilla más antigua del mundo y el Estado sin reconocer una relación entre vencedor y vencido. Por el contrario, se parte de la necesidad de evidenciar que ambas partes decidieron salir de la lógica de la confrontación armada y reconocer los hechos atroces que han causado la victimización masiva de civiles²¹². Por lo tanto, se acuerda de manera dialogada la forma más equilibrada para dar por terminada la confrontación armada por medio de la definición de políticas públicas para la reincorporación, la reparación y la transformación de la sociedad hacia una paz estable y duradera²¹³.

Uno de los principales cuestionamientos que se presentó tanto por parte de la mesa de negociación como en la opinión pública se relacionó con la manera más adecuada para juzgar y

²¹¹ Cifras aportadas por la Unidad para la Atención Integral a las Víctimas (UARIV), disponible en: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>.

²¹² Acuerdo Final de Paz. Pág. 3.

²¹³ Ibidem. Pág. 36.

castigar a los responsables de los delitos más atroces y representativos cometidos en el contexto de conflicto armado. Por un lado, se planteaba la necesidad de imponer castigos ejemplarizantes, que dejaran evidencia de la gravedad de las atrocidades y, por otro lado, de reconocer la realidad del sistema penitenciario del país y de idearse otras formas de sanción bajo el compromiso de los actores de aportar verdad sobre lo ocurrido, restaurar el daño de las víctimas y transformar los territorios principalmente afectados por el conflicto. Es por esto que en el punto número 5 del AFP, dedicado a las víctimas del conflicto armado, se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (conocido por sus siglas como SIVJRNR), un complejo modelo compuesto por mecanismos judiciales y extrajudiciales que buscan responder a las necesidades de las víctimas y la sociedad en general de conocer la verdad, garantizar la justicia y establecer medidas de restauración del daño que puedan ir más allá de la compensación económica a favor de las víctimas²¹⁴.

Siguiendo lo planteado por Aukerman de cara a los planteamientos teóricos que se han desarrollado sobre la incorporación del paradigma de la justicia restaurativa en el marco de la justicia transicional, el Estado colombiano optó por crear un sistema judicial ambicioso que permitiera cumplir con las diferentes finalidades de la justicia transicional²¹⁵: juzgar y sancionar a los diferentes actores involucrados en el conflicto, conocer la verdad sobre lo ocurrido, contribuir en la construcción de la memoria histórica y, desde luego, garantizar la reparación y la no repetición a favor de las víctimas, siguiendo como principios orientadores, el paradigma de la justicia restaurativa, la centralidad de las víctimas y el enfoque diferencial en favor de comunidades étnicas, ancestrales y minorías históricamente afectadas por el conflicto²¹⁶.

1. El Sistema Integral de Verdad, Justicia Reparación y no Repetición

El SIVJRNR se compone de tres mecanismos de justicia transicional: por un lado, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV), la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD) y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP):

²¹⁴ Acuerdo Final de Paz. Pág. 124.

²¹⁵ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 91.

²¹⁶ Acuerdo Final de Paz. Pág. 124.

La CEV es la encargada de buscar la verdad sobre las causas que explican el conflicto armado interno para satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad en la construcción de una memoria histórica de lo ocurrido. Al igual que ocurre con otras comisiones de la verdad, partiendo de una visión restaurativa, busca fomentar espacios de encuentro, el reconocimiento de los hechos victimizantes sin que ello implique aceptación de responsabilidad penal, la convivencia en los territorios y contribuir a sentar las bases para la no repetición, mediante un proceso de participación amplio y plural para la construcción de una paz estable y duradera. De acuerdo con su norma de implementación, la CEV tiene un término de 3 años para lograr esclarecer lo ocurrido en el conflicto armado²¹⁷. Sin embargo, el recrudecimiento del conflicto armado y las limitaciones de acceso a los territorios por causa de la propagación del virus Covid-19, obligó a que su mandato fuera extendido hasta el 27 de junio de 2022 con dos meses más para garantizar su socialización²¹⁸.

La UBPD fue creada por el AFP atendiendo a las particularidades propias del conflicto armado colombiano en donde se estima que aproximadamente ochenta mil personas han sido desaparecidas en el marco del conflicto armado²¹⁹. La Unidad se encargada de liderar la búsqueda humanitaria y extrajudicial de las personas desaparecidas en el marco del conflicto armado en Colombia por un periodo de 20 años. Por medio de la información aportada por los diferentes actores del conflicto armado, entidades del Estado y organizaciones de víctimas, la UBPD adelanta actividades que contribuyen al esclarecimiento y a la restauración del daño a las víctimas por medio de la identificación y ubicación de las víctimas de desapariciones, secuestros, reclutamiento forzado, etc., sin que esto implique un reconocimiento de responsabilidad ni de persecución judicial. Al igual que en la CEV, el recrudecimiento del conflicto armado en Colombia, las limitaciones de acceso a los territorios como consecuencia de la pandemia y el control ejercido sobre algunas zonas por actores armados, ha limitado su trabajo. Sin embargo, se ha logrado avanzar en asuntos de gran relevancia a nivel nacional como la identificación de los cuerpos de

²¹⁷ Decreto 588 de 2017, art.1.

²¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 2021.

²¹⁹ Centro Nacional de Memoria Histórica (2018). *Desaparición forzada: Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, Bogotá, CNMH.

integrantes del partido político de la Unión Patriótica, desaparecidos en la década de los noventa y la identificación de fosas comunes de víctimas de los conocidos falsos positivos²²⁰.

Finalmente, en relación con los compromisos internacionales y locales del Estado colombiano dirigidos a la judicialización y sanción de los perpetradores de los crímenes ocurridos en el marco del conflicto armado y la necesidad de implementar medidas de transición hacia la consolidación de la paz, la JEP²²¹ nace como un modelo alternativo de enjuiciamiento por medio del cual, se garantiza el sometimiento de los responsables de los crímenes a través del compromiso de aportar verdad plena sobre los hechos victimizantes a cambio de recibir la imposición de una sanción preferentemente dirigida a la restauración del daño causado²²². Dicho lo anterior, la JEP se creó como un complejo sistema conformado por Salas de Justicia²²³ encargadas de conocer los sometimientos de las personas que de manera voluntaria²²⁴ u obligatoria²²⁵ ingresan a la Jurisdicción con la finalidad de recibir beneficios a cambio de contribuir de manera integral con la verdad, la reparación de las víctimas y la no repetición de los crímenes.

La JEP se presenta en el escenario de la justicia transicional como un modelo de enjuiciamiento novedoso, en la medida en que además de cumplir con la función de juzgamiento y sanción busca contribuir en los derechos de las víctimas a lograr justicia, verdad, reparación y no repetición, por medio del uso de dos paradigmas de justicia. Por un lado, atendiendo a su naturaleza de instancia jurisdiccional de persecución criminal, aplica el paradigma de la justicia retributiva y, por otro lado, le confiere a la justicia restaurativa el carácter de paradigma orientador con el fin de garantizar la construcción dialógica de la verdad de lo ocurrido en el conflicto armado, lo cual permite otorgarle a las víctimas una participación más equiparada, devolviéndole esa posición

²²⁰UBDP (2020) Informe de gestión y rendición de cuentas presentado al Congreso de la República. <https://www.ubpbusquedadesaparecidos.co/wp-content/uploads/2021/01/Informe-de-gestion-y-rendicion-de-cuentas-UBPD-2020.pdf>.

²²¹ Acuerdo Final de Paz. Punto 5.1. Pág. 168.

²²² Ley 1957 de 2019. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz (LEAJEP). 6 de junio de 2019. D.O. No. 50.976. Art. 125.

²²³ Conformada por: la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la Sala de Amnistía e Indulta y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad.

²²⁴ De acuerdo con la Sentencia C-674 de 2017 proferido por la Corte Constitucional de Colombia, los Agentes del Estado y terceros que tuvieron participación en el conflicto armado interno podrán someterse de manera voluntaria a la JEP.

²²⁵ Agentes del Estado integrantes de la Fuerza Pública y ex integrantes de las FARC-EP.

perdida en los procesos judiciales tradicionales a través de una agencia activa desde el sometimiento del procesado hasta en el diseño de la sanción más adecuada para el responsable.

Esta combinación de paradigmas de justicia que, en principio, podrían considerarse contradictorios, se aplica en cada una de sus actuaciones consagrados tanto en su Ley Estatutaria (LEAJEP)²²⁶ como en su Ley de Procedimiento²²⁷. Incluso, en el marco del régimen sancionatorio, la propia LEAJEP ha indicado que dicho régimen será esencialmente restaurativo en la medida en que buscarán satisfacer los derechos de las víctimas y contribuir en la consolidación de la paz²²⁸. Lo anterior fue desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que al revisar la constitucionalidad del marco normativo de la JEP estableció que las diferentes sanciones que impondrá la Jurisdicción “(...) deberán cumplir estándares de *sanción efectiva*”²²⁹ lo cual implica la obligación de imponer sanciones que cumplan con las finalidades tradicionales de las penas, teniendo en cuenta que lo que se está castigando es la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y que permita la ejecución de obras o actividades de contenido restaurativo a favor de las víctimas²³⁰. En otras palabras, las sanciones que se impondrán en el marco de la justicia transicional implican un replanteamiento en la conceptualización del castigo desde el derecho penal, en la medida en que la sanción esencialmente restaurativa que impondrá la JEP, no sólo buscará la reparación y satisfacción de los derechos de las víctimas sino también promover las finalidades propias de las sanciones como son la prevención general, la retribución justa y la prevención especial²³¹, las cuales son necesarias para el restablecimiento del orden y la efectividad del castigo²³².

De acuerdo con el marco legal de la JEP, la Sala de Reconocimiento de verdad y Responsabilidad (conocida por sus siglas como SRVR) es la sala de justicia encargada de adelantar

²²⁶ LEAJEP. Art 1.

²²⁷ Ley 1922 de 2018. Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 1. Lit. a.18 de julio de 2018. D.O. No. 50.658.

²²⁸ LEAJEP. Art 125.

²²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018, pág. 246.

²³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. Pág. 284.

²³¹ Ley 906 de 2004. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Art 4. 1 de enero de 2005. D.O. No. 45658.

²³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. Acápito 4.1.9. *Justicia restaurativa y sanción efectiva*.

la apertura de cada macrocaso, teniendo en cuenta los informes que organizaciones de víctimas, entes de control, autoridades étnicas y la jurisdicción ordinaria, entregan en relación con los hechos más atroces y representativos ocurridos durante la confrontación armada ocurrida en Colombia. A diferencia de los procedimientos ordinarios, en los que se garantiza la extrema reserva de la investigación y se limita la intervención de las víctimas en dicha etapa, la construcción de los macrocasos se desarrolla de manera dialógica, lo cual quiere decir que tanto las víctimas como los victimarios participan de manera equiparada con el propósito de reconstruir los hechos e identificar las causas que llevaron a la comisión de los crímenes, los hechos victimizantes, los grados de responsabilidad de los perpetradores, el daño y las comunidades principalmente afectadas, de tal manera que se pueda lograr una aproximación más integral sobre la verdad de lo ocurrido en más de medio siglo de confrontación armada²³³.

En la actualidad la SRVR ha construido en total siete macrocasos enfocados en territorios especialmente afectados²³⁴ o en conductas de especial relevancia²³⁵, entre los que se encuentran, el macrocaso 01, relacionado con las retenciones ilegales de personas por parte de la extinta guerrilla de las FARC-EP²³⁶, en las que, con base en los informes y las declaraciones de las víctimas, se ha logrado determinar que, además del secuestro indiscriminado de personas, la organización guerrillera cometió torturas, agresiones físicas y sexuales e incluso esclavitud sobre sus víctimas. Otro de los macrocasos especialmente avanzado es el macrocaso 03, denominado *ejecuciones ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado*, el cual pretende esclarecer las atrocidades cometidas por integrantes de la Fuerza Pública que asesinaron civiles con el propósito de hacerlos pasar como miembros de la guerrilla de las FARC-EP abatidos en combate. De acuerdo con la investigación adelantada, se ha logrado determinar que más de seis mil personas, especialmente campesinos, habitantes de calle e incluso personas con discapacidad física o mental, fueron especialmente afectadas²³⁷.

²³³ Ley 1922 de 2018. Título Primero. Procesos en Caso de Reconocimiento de Responsabilidad. Art 27-33.

²³⁴ Por ejemplo, el caso 02 que prioriza la victimización ocurrida en Ricaurte, Tumaco y Barbacoas en el departamento de Nariño; Caso 04 sobre la situación territorial en la región de Urabá y caso 05 que atiende la situación territorial del norte del departamento Cauca y el sur del departamento del Valle del Cauca.

²³⁵ Como, por ejemplo, el caso 06 que investiga la victimización de los miembros del partido político de la Unión Patriótica y el caso 07 que prioriza el reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado.

²³⁶ Información disponible sobre el macrocaso en: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/01.html>.

²³⁷ Información disponible sobre el macrocaso en: <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/03.html>.

Al igual que otros mecanismos judiciales, la JEP ha recibido constantes críticas por la demora en tomar decisiones de impacto sobre la responsabilidad penal de graves crímenes. No obstante, en los primeros cinco años de implementación, la SRVR ha demostrado avances importantes para el esclarecimiento de la verdad y la determinación de responsabilidades. Para mencionar algunos ejemplos, en el caso 01 *Toma de rehenes y graves privaciones de la libertad cometidas por las FARC-EP*²³⁸, el 26 de enero de 2021, la Sala profirió el escrito de determinación de hechos y conductas, una decisión histórica que además de definir patrones de macrocriminalidad y calificar conductas como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, determinó, de forma preliminar, los grados de responsabilidad de altos mandos de la extinta organización de guerrilleros en la comisión de torturas, trato crueles inhumanos y degradantes, secuestro, toma de rehenes y otros crímenes.

Asimismo, en el caso 03 *Asesinatos y desapariciones forzadas presentados como bajas en combate por agentes del Estado*, la Sala seleccionó a los máximos responsables de las ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el marco del conflicto armado en el departamento de Norte de Santander²³⁹ y en la región caribe del país²⁴⁰ e imputó como crímenes de guerra el homicidio de personas protegidas por el DIH y la desaparición forzada de civiles para hacerlos pasar como integrantes de grupos armados abatidos en combate. Si bien ambas decisiones no comportan una acusación en sentido estricto, representan un importante avance en el procedimiento dialógico pues permitirá que los comparecientes tengan la oportunidad para decidir si reconocen responsabilidad y continúan con el proceso dialógico restaurativo o si por el contrario deciden no reconocer responsabilidad por las conductas tipificadas en las providencias lo que dará lugar al inicio del proceso adversarial retributivo²⁴¹.

²³⁸Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR. Auto No. 19 de 2021. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/CASO%2001%20TOMA%20DE%20REHENES/Auto%20No.%2019%20de%202021.pdf?csf=1&e=16bYs0>

²³⁹ Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR. Auto 125 de 2021.

²⁴⁰ Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR. Auto 128 de 2021.

²⁴¹ LEAJEP. Art 86.

Bajo ese entendido, aquellos sometidos a la JEP que deciden no reconocer responsabilidad sobre la posible autoría o participación en la comisión de delitos cometidos en el marco del conflicto armado, serán sujetos de una *sanción ordinaria*, la cual comprende una pena de orientación retributiva consistente en la privación de la libertad del responsable por un periodo que puede variar entre los 15 a 20 años. Por otra parte, para aquellos que deciden reconocer responsabilidad sobre los delitos hasta antes de adelantado el juicio oral, serán beneficiados con una *sanción alternativa*, la cual comprende igualmente una pena con corte retributivo de privación de la libertad entre los 5 a 8 años.

Para la dosificación de las sanciones, los magistrados y magistradas deberán tener en cuenta: i) el grado de verdad aportado por el compareciente no sólo con la JEP sino con los demás mecanismos creados en el SIVJRN. ii) la gravedad de la conducta; iii) el nivel de participación y responsabilidad; iv) las circunstancias de mayor o menor punibilidad; v) los compromisos adquiridos en materia de reparación y restauración del daño²⁴². Independientemente del tipo de sanción, no es posible dejar de lado que todas ellas deberán cumplir una función esencialmente restaurativa en la medida en que su finalidad primordial se enmarca en la satisfacción de los derechos de las víctimas y la contribución en la consolidación de la paz.

Finalmente, sobre los comparecientes que han decidido reconocer responsabilidad y otorgar verdad completa y detallada durante todo el proceso surtido ante la Jurisdicción, la Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (en adelante SeRVR) será el juez competente para imponer *la sanción propia*²⁴³, la cual tendrá una duración de 5 a 8 años sobre aquellos que hayan tenido una participación determinante en los crímenes investigados y juzgados, o de 2 a 5 años cuando la participación en los hechos no haya sido determinante²⁴⁴. Este tipo de sanción estará compuesta por una restricción efectiva de libertades que no implica privación de su libertad en un centro carcelario (contenido retributivo) y, por la obligación de adelantar trabajos, obras o actividades de contenido reparador (conocidos por sus siglas como TOAR) con la finalidad de restaurar el daño causado a las víctimas especialmente afectadas por el conflicto armado

²⁴² LEAJEP. Art 134.

²⁴³ Ibidem. Art. 130.

²⁴⁴ Ibidem. Art. 126.

(contenido restaurativo). Dichas actividades podrán ir desde el desminado en áreas principalmente afectadas por conflicto, labores de reconstrucción de infraestructura en zonas rurales y, en general, todas aquellas actividades u obras que estén dirigidas a la satisfacción de los derechos de las víctimas, teniendo en cuenta los enfoques diferenciales y que permitan contribuir en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el Acuerdo Final²⁴⁵.

De acuerdo con lo anterior, las sanciones propias dejan de lado la tradicional visión retributiva de castigo enfocado en la restricción de libertad del perpetrador en un centro penitenciario y propone, bajo el paradigma de la justicia restaurativa, buscar mecanismos alternativos de castigo por medio de un proceso dialógico que permita el involucramiento activo de las partes afectadas por el conflicto, con el fin de acordar la forma como se debería cumplir una pena. La incorporación de la justicia restaurativa y el enfoque diferencial constituyen un elemento fundamental de obligatorio cumplimiento en todas las actuaciones adelantadas en la JEP. Sin embargo, su contenido y alcance conceptual hacen que su aplicación pueda generar diversas aproximaciones que podrían llegar a afectar la garantía de los derechos de las víctimas en este novedoso mecanismo judicial.

2. La Justicia restaurativa y la JEP

Esbozado de manera general la estructura de la JEP, el proceso de construcción de los casos que se investigan y el tipo de sanciones que se impondrán, de acuerdo con el grado de reconocimiento de responsabilidad y contribución a la verdad, resulta fundamental comprender cual es el contenido y alcance de la justicia restaurativa y el enfoque diferencial como principios fundamentales de esta Jurisdicción. Al respecto, el mismo AFP plantea que la justicia restaurativa y el enfoque diferencial son paradigmas orientadores y transversales de la jurisdicción, lo cual permite responder de manera más adecuada a la permanente dicotomía entre justicia y paz planteada en el marco de la justicia transicional²⁴⁶. Por medio de estos principios, se atiende a las

²⁴⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (2020). *Lineamientos en materia de sanción propia y trabajos, obras o actividades con contenido Reparador-Restaurador*. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Conozca-Los-lineamientos-en-materia-de-sanci%C3%B3n-propia-y-Trabajos%2C-Obras-y-Actividades-con-contenido-Reparador---Restaurador/28042020%20VF%20Lineamientos%20Toars%20y%20SP.pdf>.

²⁴⁶ Óp. Cit. AUKERMAN, Miriam J. Pág. 81.

características particulares de la victimización en cada territorio y cada población, y en especial a las necesidades de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, haciendo énfasis en medidas restaurativas y reparatoras²⁴⁷.

Tal como fue desarrollado, la justicia restaurativa aparece en el campo de la justicia transicional como un paradigma alternativo para enfrentar la criminalidad masiva con una aproximación más consecuencialista de la pena²⁴⁸ y de cara al logro de la paz. Por lo tanto, con base en los resultados dados en otras experiencias de justicia transicional en países como Sudáfrica²⁴⁹, Ruanda²⁵⁰ y Sierra Leona²⁵¹, algunos académicos como Parmentier, Bueno y Weitekamp²⁵² han considerado la conveniencia de implementar la justicia restaurativa como el modelo dominante para el proceso de justicia transicional hacia la construcción de una *justicia transicional restaurativa*. Sin embargo, esta conclusión dentro de la literatura transicional está lejos de ser pacífica ya que, para otros estudiosos, como Uprinmy y Saffon²⁵³, la justicia restaurativa ha tenido un uso limitado en la justicia transicional y no debería ser la única y mejor manera de resolver los problemas que pueden surgir en el contexto de la justicia transicional.

Atendiendo tales consideraciones y teniendo en cuenta que el fundamento del AFP es la salida negociada entre los actores del conflicto de la confrontación armada en Colombia, se requería acudir a paradigmas de justicia mucho más amplios que los ofrecidos por la justicia retributiva pues, la restricción efectiva de libertades no parecía ser suficiente para lograr la transición hacia la paz, se requería por el contrario de medidas que garantizaran la reparación de las víctimas y la reincorporación a la sociedad de los excombatientes. Por lo tanto, si bien no se

²⁴⁷ Acuerdo Final de Paz, pág. 128.

²⁴⁸ MAÑALICH, J. (2015). “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”. *Revista para el Análisis del Derecho*. No. 2, pp. 1-32. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf>.

²⁴⁹ La Comisión para la Verdad y la Reconciliación fue un organismo creado por el gobierno de Sudáfrica con el propósito de lograr la justicia restaurativa después del fin del régimen del apartheid. Ver: Comisión para la Verdad y la Reconciliación. *Informe Final*. Johannesburg. 29 de octubre de 1998. Disponible en: www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf.

²⁵⁰ La Corte de Gacaca fue parte del sistema comunitario de justicia establecido en 2001 en Ruanda.

²⁵¹ Convención de Lomé, acuerdo de intercambio comercial y cooperación entre la Unión Europea y los países entre 1975 y 1995.

²⁵² Óp. Cit. BUENO, PARMENTIER. & WEITEKAMP. (2016). Pág. 39.

²⁵³ UPRINMY, R. & SAFFON, M. (2009). *Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some insides from the Colombian Case*. Bogotá. Dejusticia. Disponible en: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_55.pdf.

cuenta con un concepto pacífico sobre la justicia restaurativa, los autores que defienden este paradigma concuerdan con tres elementos fundamentales: i) el encuentro entre las partes involucradas en el conflicto sin que ello implique la revictimización; ii) el reconocimiento sobre los hechos y la responsabilidad y, por último; iii) la identificación del daño causado como consecuencia del delito²⁵⁴. Dichos elementos permiten afirmar que la aplicación de la justicia restaurativa en los mecanismos judiciales permite la transición de una responsabilidad pasiva enfocada en el castigo hacia una responsabilidad mucho más activa en la que el perpetrador podrá participar de manera más activa en la restauración del daño y en comprender la dimensión del daño causado²⁵⁵.

En virtud de ese modelo de justicia restaurativa que desarrolla el AFP, las normas que diseñan el modelo de sanciones tienen una función esencialmente restaurativa dirigida a “restablecer las relaciones de la sociedad, [restaurar el daño y garantizar] los derechos de las futuras generaciones”²⁵⁶. Así, las sanciones propias aplicables sobre aquellos comparecientes que reconozcan verdad y responsabilidad de manera libre, voluntaria, clara y detallada²⁵⁷ deberán cumplir con una sanción que, si bien tiene un componente retributivo dirigido a la restricción de derechos y libertades, prioriza el componente reparador dirigido a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la consolidación de la paz por medio del desarrollo de proyectos restaurativos²⁵⁸.

En cuanto a la obligación de incorporar el enfoque diferencial y de género como principio orientador, encuentra fundamento en lo consagrado en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 al establecer que dicho enfoque “(...) se aplicará a todas las fases y procedimientos del Sistema”, con el fin de articular las actuaciones del Sistema a las características particulares de victimización que determinados grupos sufrieron. No obstante, si bien la norma constitucional y, más adelante, el artículo 18 de la LEAJEP hacen especial énfasis en el enfoque diferenciado en favor de las mujeres, niñas y niños, la Corte Constitucional de Colombia ha extendido el alcance

²⁵⁴ WALGRAVE, Lode. (2008). Restorative justice. An alternative for responding to crime. *International handbook of penology and criminal justice*. Boca Raton, London & New York.

²⁵⁵ Óp. Cit., ZEHR, & GOHAR. Pág. 20.

²⁵⁶ LEAJEP, arts. 4 y 13.

²⁵⁷ LEAJEP, art.126.

²⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017.

interpretativo a otros grupos especialmente afectados por el conflicto armado como son los Pueblo Indígenas; Afrocolombianos, Negros, Raizales y Rrom; comunidades campesinas; adolescentes; las personas en situación de discapacidad; las personas de la tercera edad; personas en situación de pobreza y la población LGBTI²⁵⁹.

Por lo tanto, en virtud del enfoque diferencial y el principio de la centralidad de las víctimas se deben adoptar medidas que estén encaminadas a sus realidades y afectaciones²⁶⁰ para que, en la definición de las sanciones se garanticen los medios de coordinación y articulación con los representantes y líderes para lograr la participación efectiva de las víctimas de manera “(i) efectiva, (ii) accesible y diferencial, (iii) informada, (iv) dialógica, (v) con idónea representación judicial, y (v) con acompañamiento psicosocial y apoyo psico-jurídico cuando sea necesario”²⁶¹. Incluso, durante la fase de presentación del proyecto de sanción propia “se deberá establecer un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas en el lugar de ejecución, o con las autoridades indígenas del lugar donde vaya a ejecutarse la sanción cuando ésta vaya a ejecutarse en resguardos, para recibir su opinión y constatar que no se oponen al contenido del mismo”²⁶². De igual manera, la Ley de Procedimiento de la JEP prevé que las víctimas podrán “presentar observaciones en relación con los proyectos restaurativos presentados por la persona compareciente”²⁶³.

Concretamente, en relación con el estándar de reparación para los pueblos étnicos, la Corte Constitucional, al analizar el artículo 141 incisos 5, 6 y 8 de la LEAJEP²⁶⁴, refirió que estas normas tienen por objeto garantizar el derecho de participación de los pueblos incorporando el derecho a la consulta, en armonía con lo previsto en el convenio 169 de la OIT. Por lo tanto, corresponde a los magistrados y magistradas establecer procesos claros de coordinación y articulación, para que

²⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia C-080 de 2018. “Por consiguiente, no es necesario condicionar la constitucionalidad de la norma, pues el artículo estudiado debe interpretarse de manera integral, sistemática y armónica con el artículo 13 Superior y otras normas del Proyecto de Ley Estatutaria, particularmente con el artículo 13, lo cual permite al operador jurídico, dentro de este entendimiento del alcance normativo de esta disposición, incorporar el enfoque de género, y los enfoques diferenciales de edad, étnico y por discapacidad”.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ JEP, Manual para la Participación de las Víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz, diciembre de 2020, págs. 27-31, www.jep.gov.co/Infografias/participacion/manualparticipacion.pdf

²⁶² LEAJEP. Art. 141.

²⁶³ Ley 1922 de 2018. Art. 27.

²⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

las sanciones que se impongan, especialmente en su contenido restaurativo, se ajusten “a los estándares nacionales e internacionales de reparación integral a los pueblos étnicos, de manera que ajusten las condiciones para su buen vivir con garantías de seguridad, autonomía y libertad, en el marco de la justicia restaurativa y la reparación transformadora”²⁶⁵.

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de justicia restaurativa y el enfoque diferencial, la JEP ha tomado decisiones históricas y revolucionarias, si se tiene en cuenta su naturaleza judicial, que han permitido el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado desde un sentido amplio y atendiendo a las particularidades propias de algunos colectivos como grupos indígenas, Rrom, afrocolombianos y campesinos. Para mencionar solo algunas decisiones, la Sala de Reconocimiento ha emitido decisiones que reconocen como víctimas del conflicto armado a territorios pertenecientes a comunidades indígenas entendiendo la inescindibilidad existente entre ellos y de acuerdo con las cosmovisiones de los pueblos que la habitan²⁶⁶. Asimismo, ha declarado a la naturaleza como víctima del conflicto armado en los territorios ubicados en el pacífico colombiano como una propuesta con enfoque étnico para reconocer la sistematicidad de los daños socioambientales ocurridos en los territorios de los pueblos *Awá* y *Eperara Siapiadaara*. Tal como menciona el fallo, estas decisiones, sin lugar a duda, permiten “reconoce[r] las profundas interrelaciones de los pueblos indígenas, comunidades negras y locales con el territorio y los recursos naturales. Concretamente, mediante la protección especial de ríos, bosques, fuentes de alimento, medio ambiente y biodiversidad”²⁶⁷.

3. Las sanciones propias

Tal como se explicó al inicio de este capítulo, las sanciones propias fueron diseñadas por el AFP con el propósito de plantear una solución de castigo diferente a la tradicionalmente implementada en el sistema penitenciario colombiano. Siguiendo los argumentos planteados desde la criminología crítica, la cárcel como modelo de sanción, en un país con una tasa de hacinamiento

²⁶⁵ Ley 1922 de 2018. Art. 70.

²⁶⁶ Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR Autos No. 079 de 2019.

²⁶⁷ Jurisdicción Especial para la Paz. SRVR, Auto No. 02 de 2020

que supera el 52%²⁶⁸ y múltiples condenas a nivel nacional²⁶⁹ y regional²⁷⁰ por las constantes violaciones a los derechos humanos de la población carcelaria, parece no ofrecer las garantías mínimas necesarias para atender de forma adecuada con las finalidades de la justicia transicional.

Por ese motivo, las sanciones no se encuentran principalmente orientadas en la retribución sino en “el cumplimiento de los acuerdos alcanzados, entre otros, en los puntos 1. Reforma Rural Integral, 2. Participación Política y 4. Solución al problema de las Drogas Ilícitas de la Agenda de Conversaciones. Además, se incorporan sanciones respecto a daños ocasionados a menores, mujeres y otros sujetos afectados. Todo ello atendiendo la necesidad de reparación y restauración, en la mayor medida posible, de las víctimas causadas por el conflicto armado”²⁷¹. En consecuencia, las sanciones propias deben permitir también avanzar en la implementación de los compromisos consagrados en otros puntos del AFP. Por lo tanto, no pueden ser “incompatibles con las políticas públicas del Estado en la materia” y deberán ser “acordes con las tradiciones y costumbres étnicas y culturales de las comunidades”²⁷².

Por consiguiente, a diferencia de otras modalidades de sanción, se combina la retribución a través de la restricción de derechos y la restauración a través del compromiso del compareciente de participar en la ejecución de trabajos, obras y actividades con contenido restaurador (TOAR) encaminados, por un lado, en la reconstrucción y desmonte de los vestigios de la guerra y, por otro, en la restauración del daño causado a las víctimas de los graves crímenes cometidos en el marco del conflicto armado. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, para cumplir con ese componente esencialmente restaurativo, la participación de las víctimas no constituye una mera prerrogativa o potestad por parte de la Jurisdicción, sino una obligación, en el sentido de

²⁶⁸ ARENAS, L. & CEREZO, A. (2016). Realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. *Revista Criminalidad*. 58 (2): 175-195. Pág. 181.

²⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998 se declaró el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario en Colombia debido a la sistematicidad de violaciones de DDHH en contra de la población carcelaria.

²⁷⁰ Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363

²⁷¹ Acuerdo Final de Paz. Pág. 172. Ver también LEAJEP. Art. 141.

²⁷² Acuerdo Final de Paz. Pág. 173.

prever los mecanismos de consulta de las víctimas y/o comunidades étnicas, “para recibir su opinión y constatar que no se oponen al contenido del mismo”²⁷³.

De esta manera, esbozados los elementos generales de las sanciones propias, se pasará a identificar, de manera más detallada, cada uno de sus componentes:

3.1. El componente restaurativo de la sanción propia

El contenido restaurativo de la sanción propia se encuentra relacionado con aquellas actividades dirigidas a la reparación y restauración de los daños causados como consecuencia del conflicto armado. Los TOAR, como componente restaurativo de las sanciones propias, son entendidos como aquellos trabajos, obras o actividades desarrollados por los comparecientes dentro del marco de su sometimiento al SIP, encaminados a la restauración y la reparación del daño causado como consecuencia de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado²⁷⁴.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia transicional²⁷⁵, la transversalidad de la justicia restaurativa no se agota exclusivamente con la definición del TOAR como componente de la sanción propia, sino que dicho paradigma yace en cada uno de los trámites y procedimientos adelantados por el mecanismo judicial. En virtud de lo anterior, la sanción propia orientada por el paradigma de la justicia restaurativa debe propiciar los espacios de encuentro y diálogo entre las partes involucradas en cada macrocaso, atendiendo las particularidades propias de los hechos victimizantes y la voluntad de las víctimas a participar en los escenarios para evitar a toda costa su revictimización. Adicionalmente, se debe fundar en el reconocimiento de responsabilidad, el cual debe ser contrastado por parte del Tribunal en su examen de correspondencia y sólo cuando éste se asegure de tal correspondencia entre lo reconocido y lo determinado en la resolución, se podrá definir la sanción propia más adecuada.

²⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 2019.

²⁷⁴ LEAJEP. Art 141.

²⁷⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Apelación. Sentencia Interpretativa TP-SA-SENIT 01. 3 de abril de 2019.

Por último, debe identificar el daño causado como consecuencia de las conductas cometidas, y este diagnóstico no sólo debe estar identificado de manera individual sino también considerando las afectaciones particulares sufridas por comunidades y grupos poblacionales históricamente discriminados. De no determinarse el daño, difícilmente se podrán diseñar los TOAR que proporcionen elementos de restauración del daño y de conciencia, por parte del responsable, de las consecuencias causadas por el delito²⁷⁶.

El artículo 141 de la LEAJEP establece un listado indicativo de trabajos u obras que podrán llevar a cabo los comparecientes dirigidos a la restauración y reparación del daño. Dichas actividades son las siguientes:

“A. En zonas rurales

1. Participación/Ejecución en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados.
2. Participación/Ejecución de programas de protección medio ambiental de zonas de reserva.
3. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de Infraestructuras en zonas rurales: escuelas, carreteras, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios, etc.
4. Participación/Ejecución de programas de desarrollo rural.
5. Participación/Ejecución de programas de eliminación de residuos en las zonas necesitadas de ello.
6. Participación/Ejecución de programas de mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas.
7. Participación/Ejecución en programas de sustitución de cultivos de uso lícito.
8. Participación/Ejecución en programas de recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito.
9. Participación/Ejecución de programas de construcción y mejora de las infraestructuras Viales, necesarias para la comercialización de productos agrícolas de zonas de sustitución de cultivos de uso ilícito.
10. Participación y/o ejecución de programas de alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares.

B. En zonas urbanas:

1. Participación/Ejecución de programas de construcción y reparación de infraestructuras en zonas urbanas: escuelas, vías públicas, centros de salud, viviendas, centros comunitarios, infraestructuras de municipios.

²⁷⁶ Óp. Cit., PARMENTIER, BUENO & WEITEKAMP. (2016). Pág. 50.

2. Participación/Ejecución de programas de desarrollo urbano.
3. Participación/Ejecución de programas de acceso a agua potable y construcción de redes y sistemas de saneamiento.
4. Participación y/o ejecución de programas de capacitación en diferentes temas escolares alfabetización y

C. Limpieza y erradicación de restos explosivos de guerra, municiones sin explotar y minas antipersonales de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por estos artefactos.

1. Participación/Ejecución de programas de Limpieza y erradicación de resto explosivos de guerra y municiones sin explotar.
2. Participación/Ejecución de programas de limpieza y erradicación de Mina antipersonal y artefactos explosivos improvisados²⁷⁷.

En virtud de lo anterior, de realizarse alguna de las actividades enunciadas en el citado artículo se presume, bajo la figura jurídica general de la presunción legal, su carácter restaurativo y corresponderá a los jueces adelantar una valoración en concreto con el fin de determinar si dicha finalidad restaurativa es cumplida en el caso puntual y concreto²⁷⁸. En ese sentido, si bien resulta deseable e ideal que los proyectos de sanciones propias desarrollados a través de TOAR busquen la restauración de una afectación que guarde correspondencia con los daños generados en el ámbito del conflicto armado, esta no es una condición constitucional ni legal indispensable de viabilidad de un proyecto de sanción propia.

Este listado, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional,

“(…) guarda coherencia con los fines de reparación a los derechos de las víctimas y el establecimiento de condiciones de desarrollo e igualdad en las zonas más afectadas por el conflicto armado. La intervención para la garantía de los derechos constitucionales sociales de los habitantes de las zonas más afectadas por el conflicto armado (i) es una garantía de no repetición, en la medida en que busca enfrentar

²⁷⁷ LEAJEP. Art. 141.

²⁷⁸ Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (2020). *Lineamientos en materia de sanción propia y trabajos, obras o actividades con contenido Reparador-Restaurador*. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Conozca-Los-lineamientos-en-materia-de-sanci%C3%B3n-propia-y-Trabajos%2C-Obras-y-Actividades-con-contenido-Reparador---Restaurador/28042020%20VF%20Lineamientos%20Toars%20y%20SP.pdf>.

factores estructurales que propician y perpetúan la violencia, incluyendo los cultivos de uso ilícito; (ii) tiene un efecto reparador, en su dimensión colectiva, pues restablece los derechos colectivos de las comunidades afectadas; y (iii) contribuye a eliminar las desigualdades entre los habitantes del campo y la ciudad. En estas condiciones, las sanciones restaurativas que se conecten con dichos propósitos contribuyen a la realización de la igualdad material, al cumplimiento integral del Acuerdo de Paz (Acto Legislativo 02 de 2017) y a la realización material de la cláusula social del Estado Social de Derecho”²⁷⁹.

Esta es una de las razones por las cuales, la jurisprudencia constitucional y transicional ha sido reiterativa en manifestar que el listado contemplado en el citado artículo 141 de la LEAJEP, no es taxativo ni cerrado, lo cual permite que los comparecientes puedan adelantar obras diferentes a las indicadas en la norma y que los magistrados y magistradas puedan valorar cualquier otra obra o actividad “(...) siempre que sea posible determinar que fueron reparadoras-restauradoras, que son compatibles con el listado mencionado, que permitan la aplicación de enfoques territoriales y diferenciales y que se realizaron con garantías adecuadas para víctimas y comparecientes en el marco de la justicia restaurativa”²⁸⁰.

Lo anterior implica un enorme reto para la JEP, pues tendrá que adelantar un juicio de valoración sobre cada proyecto presentado por los comparecientes con el fin de poder determinar si se cumple o no con los requisitos necesarios para considerar el cumplimiento del contenido de la sanción. En virtud de lo anterior, la Jurisdicción publicó el documento “Lineamientos en materia de sanción propia y Trabajos, Obras y Actividades con Contenido Reparador -Restaurador”²⁸¹ con el propósito de identificar los elementos esenciales de los TOAR, sus alcances y finalidades, para que puedan servir de guía para comparecientes y víctimas al momento de identificar la viabilidad de proyectos contemplados dentro de la oferta institucional para que puedan ser aceptados por la SeRVR como parte del contenido restaurativo de la sanción.

²⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo.

²⁸⁰ Óp. Cit., “Lineamientos en materia de sanción propia y Trabajos, Obras y Actividades con Contenido Reparador –Restaurador”. Pág. 10.

²⁸¹

Por lo tanto, partiendo de lo indicado por la SeRVR y siguiendo los pronunciamientos jurisprudenciales, para poder determinar que una actividad, obra o trabajo sea compatible con el listado contemplado en el artículo 141 de la LEAJEP y, por lo tanto, pueda tener vocación de ser entendido como un TOAR, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos:

3.1.1. Compatibilidad con las políticas públicas de implementación del AFP

De acuerdo con la Corte Constitucional²⁸², el componente restaurativo de las sanciones propias persigue el propósito de eliminar desigualdades entre los habitantes del campo y la ciudad, alcanzar la igualdad material y el cumplimiento integral del AFP²⁸³. En ese sentido, con el propósito de superar las causas que llevaron a la degradación del conflicto armado, el listado de que trata el artículo 141 de la LEAJEP permite que los comparecientes puedan adelantar actividades o proyectos que logren superar las principales afectaciones sufridas durante el conflicto. Entre dichas actividades se encuentran: los programas de reparación en favor de la población campesina víctima del desplazamiento forzado; los programas de protección medioambiental; la limpieza y erradicación de restos explosivos y municiones de guerra; los proyectos para mejorar la infraestructura en zonas rurales y urbanas; entre otras²⁸⁴.

Como se puede apreciar, estas actividades guardan estrecha relación con la implementación de los principales componentes definidos en el AFP para poder llevar a cabo una transición integral hacia una paz estable y duradera. Es precisamente esa la razón por la cual la Corte ha sostenido que las sanciones propias del AFP y principalmente su contenido restaurativo han sido “diseñadas en relación con el cumplimiento de los acuerdos alcanzados, entre otros, en los puntos 1. Reforma Rural Integral, 2. Participación Política y 4. Solución al problema de las Drogas Ilícitas de la Agenda de Conversaciones. Además, se incorporan sanciones respecto a daños ocasionados a menores, mujeres y otros sujetos afectados. Todo ello atendiendo la necesidad de reparación y restauración, en la mayor medida posible, de las víctimas causadas por el conflicto armado”²⁸⁵.

²⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. Pág. 503.

²⁸³ LEAJEP. Art. 112.

²⁸⁴ Ibidem. Art. 141.

²⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. Pág. 720.

3.1.2. Aplicación de los enfoques diferenciales y territoriales

Tal como fue señalado en líneas anteriores, el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017 establece la obligación de incorporar el enfoque diferencial en “(...) todas las fases y procedimientos del Sistema”, lo cual implica su aplicación incluso en el proceso de elaboración de los TOAR. Por tal motivo, corresponderá a la Jurisdicción garantizar que en el proceso de implementación de la sanción se garantice “un mecanismo de consulta con los representantes de las víctimas en el lugar de ejecución, o con las autoridades indígenas del lugar donde vaya a ejecutarse la sanción cuando esta vaya a ejecutarse en resguardos, para recibir su opinión y constatar que no se oponen al contenido del mismo”²⁸⁶.

3.1.3. Las garantías para víctimas y comparecientes en el marco de la justicia restaurativa

Debido a la justicia restaurativa como criterio orientador, corresponde a la Jurisdicción crear los espacios de encuentro y diálogo entre las partes involucradas, atendiendo las particularidades propias de los hechos victimizantes y la voluntad de las víctimas a participar en estos escenarios, para evitar su revictimización. Dichos espacios deben fundarse en el reconocimiento de responsabilidad y, en la medida de lo posible, se pueden implementar diferentes metodologías para identificar el daño causado como consecuencia de las conductas cometidas, diagnóstico que no sólo debe estar identificado de manera colectiva sino también considerando las afectaciones particulares sufridas por comunidades y grupos poblacionales históricamente discriminados. De no determinarse el daño, difícilmente se podrán diseñar los TOAR que proporcionen elementos de restauración del daño y de conciencia, por parte del responsable, de las consecuencias causadas por el delito²⁸⁷.

Estos escenarios de encuentro presentan importantes retos si se tiene en cuenta que, en la actualidad, Colombia enfrenta un recrudecimiento del conflicto armado en los últimos años en los territorios históricamente afectados por el mismo. De acuerdo con los reportes presentados por la

²⁸⁶ LEAJEP. Art. 141.

²⁸⁷ Óp. Cit. PARMENTIER, BUENO & WEITEKAMP (2016). Ver también: Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018.

Defensoría del Pueblo se tiene que, desde la firma del AFP, se han asesinado a más de 270 ex integrantes de las FARC-EP y más de 900 líderes sociales. Esta situación, sin duda, puede llegar a debilitar la posibilidad de que tanto víctimas como victimarios puedan acceder a los espacios de encuentro sin que esto represente un riesgo inminente en la integridad física de las partes²⁸⁸.

3.1.4. Naturaleza transformadora: Capacidad de *transformar* vidas y comunidades

El proyecto que se propone como TOAR, para que tenga un contenido con vocación *restaurativa* de las afectaciones que se cometieron en el marco de un conflicto armado, debe también tener una vocación *transformadora*. Esto quiere decir que el proyecto TOAR debe tener la potencialidad de, a mediano o largo plazo, transformar las vidas de la zona en donde se desarrolla la actividad y de transformar en una forma positiva o evolutiva la comunidad en la cual se desarrolle.

Desarrollados los anteriores elementos, cualquier proyecto dentro de la oferta institucional disponible para ser ejecutado como TOAR, podrá ser considerado por la JEP si se cumple con estos elementos:

- i) Que desarrolle el Acuerdo Final de Paz;
- ii) Que se desarrolle en territorios históricamente afectados por el conflicto con la participación de las víctimas teniendo en cuenta sus enfoques diferenciales;
- iii) Que permita la garantía de los derechos para víctimas y comparecientes;
- iv) Capacidad transformadora de vidas y comunidades; y
- v) Que se pueda identificar claramente el contenido reparador-restaurador del proyecto, obra y actividad de cara a su factibilidad como TOAR.

Si bien por el momento la JEP no ha publicado información que permita identificar los avances en el desarrollo de los TOAR, de acuerdo con el reporte presentado por DEJUSTICIA, se tiene que, por el momento, la Jurisdicción ha recibido aproximadamente 70 solicitudes de certificación de TOAR de algunos comparecientes, especialmente ex integrantes de las FARC-EP,

²⁸⁸ Nota de Prensa disponible en: <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20210420-colombia-asesinatos-lideres-sociales-xfarc-jep>.

que ya han participado en la ejecución de proyectos bajo la expectativa de que sea considerado como TOAR sin que hayan recibido respuesta favorable o desfavorable por parte de la Jurisdicción²⁸⁹. Adicionalmente, se tiene que tanto comparecientes como víctimas han enfrentado importantes obstáculos de participación en la ejecución de proyectos y no se han generado espacios adecuados de pedagogía que proporcione información eficaz para su implementación en los territorios²⁹⁰.

Asimismo, se ha advertido que la ausencia de certificación de los TOAR luego de más de 4 años de funcionamiento de la Jurisdicción, acompañado de la poca información y la falta de generación de espacios de concertación para la ejecución de las actividades con contenido restaurador, podría llegar a afectar de forma grave la legitimidad de las sanciones que impondrá la JEP. Esto si se tiene en cuenta que un eventual fracaso en la implementación del contenido restaurativo de la sanción, se afectaría de manera considerable la seguridad jurídica de los comparecientes que han adelantado actividades con la confianza de ser reconocidos con posterioridad como TOAR, y a las víctimas, pues a la fecha no se les ha garantizado escenarios adecuados para garantizar su participación en la construcción de los TOAR, así como tampoco en el proceso de acreditación de los mismos poniendo en riesgo la implementación de su carácter restaurativo²⁹¹.

3.2. El componente retributivo de la sanción propia

Tal como lo señala el artículo 126 de la LEAJEP, el componente retributivo de la sanción propia comprende la restricción efectiva de la libertad sin que ello implique la adopción de una medida de aseguramiento. De acuerdo con el AFP, la restricción efectiva implica que “haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. [De esta manera, corresponde a la JEP determinar] “las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar

²⁸⁹ Óp. Cit., DEJUSTICIA & ESSEX TRANSITIONAL JUSTICE NETWORK. Pág. 15.

²⁹⁰ Ibidem. Pág. 48.

²⁹¹ Ibidem. Pág. 47.

el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes”²⁹². Con el propósito de satisfacer el estándar de *sanción efectiva*, la Corte Constitucional estableció que, en la sentencia que imponga la sanción propia sobre los condenados, el Tribunal deberá identificar de manera detallada los “horarios, lugar de residencia, delimitación de espacios territoriales y supervisión de salidas para el desarrollo de otras actividades para el cumplimiento del Acuerdo Final”²⁹³.

Para la determinación de dichas condiciones, los magistrados deberán aplicar los siguientes criterios:

“

- a) Fijarán de forma concreta los espacios territoriales donde se ubicarán los sancionados durante los periodos horarios de ejecución y cumplimiento de las sanciones propias del Sistema, que tendrán un tamaño máximo equivalente al de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización.
- b) Fijarán los horarios de cumplimiento de las sanciones restaurativas.
- c) Durante los periodos horarios de ejecución de la sanción, cualquier desplazamiento del sancionado para atender actuaciones diferentes al cumplimiento de la sanción, deberá ser autorizado por la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz.
- d) En la sentencia se determinará el lugar de residencia de la persona que ejecutará la sanción acordada, durante el período de su ejecución.
- e) Si durante el período de cumplimiento de la sanción e impusiera la realización de distintos proyectos, el Tribunal irá determinando en cada 1 caso los distintos lugares de residencia del sancionado.
- f) El cumplimiento de estas sanciones será compatible con el cumplimiento por los sancionados de otras tareas u obligaciones derivadas del Acuerdo Final de Paz.

- g) Indicarán al órgano que verifique el cumplimiento de las sanciones la periodicidad con la que deberá rendirle informes sobre la ejecución de la sanción”²⁹⁴.

²⁹² Acuerdo Final de Paz. Núm. 60. Pág. 164.

²⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018, pág. 247

²⁹⁴ Ley 1857 de 2019. Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP, Art. 127

De cumplirse con dichas medidas que garanticen la restricción efectiva de libertades, se estaría actuando de conformidad con los estándares internacionales fijados por el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma. Así lo indicó la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en el Informe sobre las actividades de examen preliminar del año 2017, al expresar que “el cumplimiento de dichos objetivos también dependerá de una implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, de un sistema riguroso de verificación”²⁹⁵. Igualmente hizo énfasis en la importancia de tener control sobre las medidas sancionatorias que, aunque escapan a una lógica retributiva, deben ser monitoreadas. Para ello, la JEP debe contar con una serie de mecanismos eficaces de seguimiento y verificación de su cumplimiento que incluirán el Mecanismo de Verificación de las Naciones Unidas²⁹⁶.

De acuerdo con el artículo 127 de la Ley Estatutaria, la restricción de la libertad podrá ser ejecutada, para los miembros de la Fuerza Pública, en las Unidades Militares o Policiales cercanas al lugar de cumplimiento de la sanción, la cual podrá ser descontada para aquellos que, estando en tales unidades, realicen trabajos, obras o actividades con contenido reparador²⁹⁷. Respecto de los integrantes de las FARC-EP el tiempo de permanencia en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) será igualmente considerado como cumplimiento de la sanción siempre que en ellas se lleven a cabo trabajos, obras o actividades con contenido reparador²⁹⁸. Por último, para los integrantes de comunidades indígenas, la restricción de la libertad podrá llevarse a cabo en la residencia del sancionado dentro del territorio ancestral.

Por el contrario, la Ley Estatutaria no establece ninguna regulación sobre la restricción de la libertad respecto de los terceros y agentes del Estado en el marco de la ejecución de las sanciones propias. Solamente frente a estos últimos indica que “se aplicará el fuero carcelario que les corresponda” lo cual representa un vacío importante que podría llegar a comprometer la legitimidad de sanciones, teniendo en cuenta que, de acuerdo con informes de víctimas y, en especial, del Centro Nacional de Memoria Histórica, se encuentra plenamente demostrado el alto

²⁹⁵ Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Informe sobre las actividades de examen preliminar. Párr. 144 y 148. 4 de diciembre de 2017.

²⁹⁶ LEAJEP. Art. 136

²⁹⁷ Ibidem. Art.133.

²⁹⁸ Ibidem. Art 132.

grado de contribución que prestaron funcionarios públicos, que haciendo uso de sus cargos, respaldaron, financiaron e incluso tomaron posición de mando dentro de algunos actores armados en la comisión de crímenes de gran impacto en el conflicto armado²⁹⁹.

Ahora bien, desde el AFP se invistió a la SeRVR de la competencia para la verificación y cumplimiento de las sanciones³⁰⁰, la cual tendrá el apoyo de los mecanismos internacionales fijados para tal fin, y deberán presentar informes periódicos sobre el cumplimiento de la sentencia impuesta³⁰¹. Esto con el fin de que la supervisión de las sanciones garantice la restricción efectiva de la libertad, así como las medidas restaurativas contenidas en la misma. “Lo anterior en coherencia con la aplicación del Acuerdo Final que, en su numeral 60 del punto 5.1.2. establece que las sanciones “*deberán garantizar la no repetición*”. Esto quiere decir que la forma en que se aplique la sanción debe garantizar que quien recibe el tratamiento especial no cometerá nuevos delitos”³⁰².

Asimismo, de acuerdo con el artículo 135 de la Ley Estatutaria, estos mecanismos servirán de apoyo para realizar un monitoreo sobre el lugar de ejecución de las sanciones, así como los desplazamientos para realizar las actividades fijadas para el cumplimiento de éstas. En el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el mismo artículo crea la posibilidad de que el monitoreo y vigilancia se encuentre en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional. Al respecto, la Corte Constitucional consideró que tal potestad es ajustada a la constitución en tanto “no sustituye las competencias de verificación en cabeza de la Sección de Primera Instancia del Tribunal para la Paz, debido a que la supervisión del cumplimiento de la pena es una función exclusivamente jurisdiccional, de manera que el Ministerio de Defensa deberá atender las instrucciones que el Tribunal para la Paz le dirija, conforme a los artículos 29 y 229 de la Constitución”³⁰³. Cabe aclarar que, de acuerdo con el máximo tribunal constitucional, el Tribunal de Paz se encuentra facultado

²⁹⁹ Ibidem. Art. 131.

³⁰⁰ Ibidem. Art. 137.

³⁰¹ Ibidem. Art. 92, literal d): La Sección de Primera Instancia para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad tendrá las siguientes funciones: d) Supervisar y verificar el cumplimiento efectivo de sus sentencias con el apoyo del sistema integral que se designe para tal efecto, los cuales deberán presentar informes periódicos sobre el cumplimiento”.

³⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

³⁰³ Ibidem.

para otorgar o no la función de monitoreo al Ministerio de Defensa o decidir si lo hace a través de las entidades de las Naciones Unidas designadas.

Partiendo del marco normativo establecido en la Ley Estatutaria, en el Acto Legislativo 01 de 2017 y otras disposiciones, resulta necesario fijar de alcance y contenido a las funciones de monitoreo y verificación. Al respecto, acudiendo a herramientas de derecho internacional, el documento “Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas” elaborado por CEPAL, el monitoreo obedece a un proceso organizado de supervisión realizado en la etapa de ejecución con el fin de comprobar la efectividad de las actividades realizadas en un proyecto, con el fin de determinar si se lograron o no, los resultados planificados”³⁰⁴. Bajo ese entendido, la verificación hace parte del mismo proceso que se enmarca en una actividad continua de analizar las actividades y el progreso del proyecto, así como las variaciones que se van presentando en la ejecución de la misma

Teniendo en cuenta que por el momento la Jurisdicción no ha impuesto la primera sanción propia, corresponderá a la SeRVR como juez competente para imponer las sanciones propias, establecer en sus sentencias la relevancia de cada componente (restaurativo y retributivo) dentro de cada una de las sanciones dependiendo de la gravedad de la conducta y del grado de participación del compareciente en su comisión. Asimismo, se deberán establecer metodologías claras de verificación para lograr establecer si cada uno de los componentes de la sanción se ejecutó de manera satisfactoria.

En esa medida, si los jueces de la SeRVR deciden dar más relevancia al componente restaurador en sus sentencias, se deberán implementar los mecanismos de participación de comunidades y víctimas a efectos de verificar el cumplimiento de tales objetivos restaurativos. Esto si se tiene en cuenta que, como se señaló en líneas anteriores, de conformidad con el artículo 125 de la Ley Estatutaria, la finalidad de las sanciones está en la consecución de la paz y la restauración del daño causado considerando la gravedad de la conducta.

³⁰⁴ Al respecto consultar: Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas, CEPAL https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5607/S057518_es.pdf. Manual de planificación, seguimiento y evaluación de los resultados de desarrollo, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo https://procurement-notices.undp.org/view_file.cfm?doc_id=134774

4. Los retos de la implementación de las sanciones propias

De acuerdo con lo analizado, la Jurisdicción Especial para la Paz aparece como una propuesta de judicialización y sanción de crímenes cometidos en contextos de conflicto armado que combina dos paradigmas de justicia con el propósito de luchar contra la impunidad en su dimensión más amplia. Por medio del principio de la justicia restaurativa como paradigma orientador, presenta un proceso de investigación y judicialización dialógico en el que víctimas y victimarios han podido actuar en un mismo espacio con el propósito de lograr la construcción de los casos, tipificar conductas, determinar grados de responsabilidad y, más importante aún, identificar el daño sufrido por las víctimas teniendo en cuenta sus necesidades y particularidades individuales y colectivas. Bajo ese nuevo orden, la sanción propia plantea una nueva forma de castigo, que lejos de la tradicional visión retribucionista y en respuesta a los cuestionamientos planteados desde la criminología crítica, permite que los perpetradores de los crímenes más atroces ocurridos en Colombia, puedan trabajar de propia mano en el proceso de reconstrucción social.

Sin embargo, para la implementación de sanciones propias, la JEP se enfrenta sin lugar a dudas a diferentes desafíos que de no atenderse de manera adecuada podrán poner en riesgo no solo la legitimidad de la Jurisdicción como mecanismo judicial para sancionar los más atroces crímenes cometidos en más de cincuenta años de conflicto armado, sino que podría afectar aspectos fundamentales para la consolidación de la paz en Colombia, como son la reincorporación a la vida social de los ex combatientes, la restauración del daño a las víctimas y la transformación de los territorios históricamente afectados por el conflicto.

Problemas de implementación del AFP

Para iniciar, no es un secreto que el proceso de negociación de paz entre el Estado colombiano y la guerrilla más antigua del mundo generó un amplio fraccionamiento de la opinión pública. Algunos ciudadanos manifestaron su respaldo a lo acordado considerando necesario sacrificar el sometimiento a la justicia ordinaria de los principales líderes de las FARC-EP, mientras que, para otros, tales concesiones resultaban desproporcionadas considerando la gravedad de las atrocidades

cometidas por el grupo guerrillero, llegando incluso a considerar que las sanciones impuestas por la JEP serían una herramienta para mantener la impunidad. Estas discusiones fueron fundamentales para que, en las elecciones presidenciales de 2017, el partido político de derecha ganara las elecciones con una agenda clara de reformar los principales postulados del Acuerdo de Paz condenando principalmente, el sistema sancionatorio de la JEP³⁰⁵.

Esto trajo como consecuencia amplias dificultades en la implementación del Acuerdo y especialmente en los trabajos necesarios para el diseño de las sanciones propias. De acuerdo con los últimos informes realizados por la Procuraduría General de la Nación³⁰⁶ y organizaciones como el Instituto Kroc³⁰⁷, la ejecución de los programas de políticas públicas necesarios para el avance de los diferentes puntos como el desarrollo rural, la participación en política y las víctimas van avanzando de forma lenta, en especial si se considera que en el contexto colombiano se pretende implementar una ambiciosa reforma social bajo la persistencia de las principales causas que conllevaron al conflicto armado y que se han recrudecido como consecuencia de la pandemia generada por la propagación del Covid-19. Lo anterior implica un gran riesgo en la implementación de los trabajos con contenido reparador que deberán adelantar los máximos responsables. Sin una adecuada financiación, sin el adecuado involucramiento institucional y sin las garantías de seguridad para los excombatientes, las sanciones propias pasarían a ser, de una propuesta ambiciosa, a unas sanciones irrisorias generando graves consecuencias en la legitimidad del sistema transicional colombiano.

³⁰⁵ Véase, por ejemplo: “Colombia: Objeción presidencial puede socavar la rendición de cuentas”, comunicado de prensa de Human Rights Watch, 12 de marzo de 2019, <https://www.hrw.org/es/news/2019/03/12/colombia-objecion-presidencial-puede-socavar-la-rendicion-de-cuentas>; José Miguel Vivanco (Human Rights Watch), “Un limbo de impunidad para los generales”, 10 de julio de 2018, <https://www.hrw.org/es/news/2018/07/09/un-limbo-de-impunidad-para-los-generales>; “Álvaro Uribe reaparece tras su arresto domiciliario e insiste en derogar el tribunal de paz de Colombia”, *El País*, 12 de octubre de 2020, <https://elpais.com/internacional/2020-10-12/alvaro-uribe-reaparece-tras-su-arresto-domiciliario-e-insiste-en-derogar-el-tribunal-de-paz-de-colombia.html> (consultado el 28 de septiembre de 2021); tuit de Álvaro Uribe Vélez, 30 de agosto de 2021, <https://twitter.com/alvarouribevel/status/1432310591041982472> (consultado el 28 de septiembre de 2021).

³⁰⁶ Procuraduría General de la Nación. Tercer Informe al Congreso sobre el estado de avance al Acuerdo Final de Paz. Agosto 2021. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Tercer%20informe%20Acuerdo%20de%20Paz%202021%20.pdf>

³⁰⁷ Kroc Institute for International Peace Studies. *El Acuerdo Final de Colombia en tiempos del Covid-19: Apropiación Institucional y ciudadana como clave de la implementación*. Disponible en: <https://peaceaccords.nd.edu/wp-content/uploads/2021/09/Quinto-informe-estado-de-la-implementacion-a-cuatro-anos-de-la-firma-1.pdf>.

Derechos de las víctimas en la JEP

En cuanto a los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional, es importante reconocer el importante avance que el Acuerdo Final y el marco jurídico transicional ha diseñado con el propósito de reconocer el lugar de las víctimas como eje central del proceso dialógico. Sin embargo, la garantía de los derechos de las víctimas va más allá de su consagración legal. En la práctica judicial, la JEP enfrenta distintos retos que podrían poner en riesgo la garantía de los derechos de las víctimas desde su participación en los trámites judiciales, así como en las medidas de restauración que se impondrán.

De acuerdo con algunos autores, si bien desde el Acuerdo de Paz se consagra la justicia restaurativa como paradigma orientador de todo el SIVJRNR, lo cierto es que existen vacíos en cuanto a la implementación de dicho paradigma en las diferentes etapas del procedimiento y tampoco existe claridad sobre la manera como se impondrá dicho enfoque en las sanciones³⁰⁸. Al respecto, en 2021, la organización *Human Rights Watch* presentó una carta a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en la que manifestaban algunas preocupaciones relacionadas con la implementación de la JEP. De acuerdo con la organización, “todavía no hay claridad sobre en qué consistirán las sanciones” y tampoco se tiene conocimiento sobre el contenido de las restricciones efectivas de libertad que se impondrán sobre aquellos victimarios que reconozcan verdad y responsabilidad³⁰⁹.

Aunque la Jurisdicción ha publicado herramientas pedagógicas como el *Manual de Participación de Víctimas*³¹⁰ con el propósito de fortalecer los conocimientos de las estas sobre su participación en un sistema judicial tan complejo como el que plantea la JEP, no ha creado espacios adecuados que permitan brindar una pedagogía clara sobre su participación en el proceso de construcción de las sanciones, los mecanismos de intervención judicial y los espacios en los que

³⁰⁸ ACOSTA-LÓPEZ, Juana & ESPITIA MURCIA, Cindy. (2020). *Justicia Restaurativa y Reparación: Desafíos de la JEP frente a una relación en Construcción*. Revista Universitas. Universidad Javeriana. Colombia.

³⁰⁹ Human Rights Watch (2021). Colombia: Carta al fiscal de la Corte Penal Internacional: Disponible en: https://www.hrw.org/es/news/2021/10/14/colombia-carta-al-fiscal-de-la-corte-penal-internacional#_ftnref11.

³¹⁰ JEP (2020). Manual de participación de las víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Infografias/participacion/manualparticipacion.pdf>.

pueden adelantar veeduría sobre el diseño, implementación y ejecución de las sanciones tanto en su contenido de retributivo como en el restaurativo³¹¹. Estas dificultades, podrían minar el proceso de construcción de confianza entre las víctimas y el Estado generando consecuencias adversas para promover la reconciliación por medio de la dignificación de las víctimas como titulares de derechos, no sólo a una reparación adecuada sino también, a una justicia eficaz sobre los responsables de graves crímenes³¹².

Por último, en el marco de la reparación integral de las víctimas en la JEP, los últimos reportes de implementación del AFP han prendido alarmas debido a la poca comunicación de la Jurisdicción con otros mecanismos transicionales fundamentales para la reparación integral de las víctimas como son la Unidad para la Reparación Integral de las Víctimas (UARIV) y la Unidad de Restitución de Tierras, lo cual afecta de forma directa la implementación de los Planes Integrales de Reparación Colectiva (PIRC) creados con el propósito de gestionar la oferta institucional para materializar el componente restaurativo de las sanciones propias que sean impuestas a los comparecientes por parte de la JEP³¹³.

Esta ausencia de coordinación se ha visto incluso con los demás mecanismos creados en el SIVJNR. De acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, la CEV ha tenido dificultades para acceder de manera eficiente a la información que ha recaudado la JEP en el marco de sus investigaciones y tampoco existe una adecuada interrelación entre los mecanismos con el propósito de conocer el grado de contribución de verdad entregada por lo comparecientes en el marco de los encuentros liderados por la CEV³¹⁴. Lo anterior implica un riesgo alto en el fracaso de la implementación de las medidas de restauración de los derechos de las víctimas si se tiene en cuenta que el SIVJRN fue entendido como un sistema complejo pero integral y comprensivo lo cual

³¹¹ Óp. Cit., DEJUSTICIA & ESSEX TRANSITIONAL JUSTICE NETWORK. Pág. 48.

³¹² DE GREIFF, Pablo (2006). *Justice and Reparations. Handbook of Reparations*. Ed. Pablo de Greiff. Oxford University Press, Nueva York. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29767.pdf>.

³¹³ Informe Multipartidista (2021). ¿En qué va la satisfacción de los derechos de las víctimas? Séptimo informe multipartidista de seguimiento a la implementación del Acuerdo de Paz. Ver también, matriz de Acuerdos de Paz Iniciativa Barómetro, Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. El Acuerdo Final de Colombia en tiempos del COVID-19: apropiación institucional y ciudadana como clave de la implementación. Notre Dame, IN y Bogotá, Colombia: Matriz de Acuerdos de Paz Iniciativa Barómetro/Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz/Escuela Keough de Asuntos Globales, 2021. <https://doi.org/10.7274/r0-86hg-jh77>.

³¹⁴ Óp. Cit., Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. Pág. 33.

implica que para el cumplimiento eficaz del mandato de cada uno de sus mecanismos es esencial la coordinación entre ellas.

TOAR y políticas públicas de implementación del AFP

Tal y como quedó señalado en el presente capítulo, en virtud de la integralidad del AFP y con el propósito de garantizar la seguridad financiera y logística de los TOAR, es fundamental lograr vincular dichos proyectos restaurativos con las políticas públicas diseñadas tanto por el gobierno nacional como por los gobiernos territoriales para la implementación del acuerdo. Sin embargo, de acuerdo con los reportes de seguimiento del AFP, concretamente en relación con la Reforma Rural Integral(RRI), por el momento, la JEP no ha adelantado medidas concretas que conduzcan a una adecuada articulación entre las sanciones propias y las diferentes políticas relacionadas con la transformación del campo colombiano generando una pérdida valiosa de la oportunidad de ejecutar proyectos que permitan la reconstrucción del campo colombiano en favor de sus campesinos y de las comunidades étnicas³¹⁵.

La Contraloría General de la República identificó una reducción de rubros presupuestales para ciertos programas del AFP como los Planes Nacionales de la RRI³¹⁶. Adicionalmente, monitores de la implementación han insistido en que se garanticen los recursos suficientes para la implementación del Acuerdo, en especial, de cara a la aprobación del Presupuesto General de la Nación para el 2022³¹⁷. Un grupo de congresistas que hacen seguimiento a la implementación del AFP han identificado demoras e inconsistencias en la inversión de recursos para los programas que buscan transformar el campo en Colombia. En el ejercicio de seguimiento encontraron que “[d]e los 9,9 billones que el Gobierno dice haber destinado para los Planes de Desarrollo con enfoque territorial conocidos como PDET, solo ha empezado la ejecución en territorio el 5%, (...) Se está ejecutando al año en los PDET el 2% de lo que se necesita para cumplir con el Acuerdo de

³¹⁵ Óp. Cit., Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. Pág. 59.

³¹⁶ Contraloría General de la Nación. (2021). “Quinto informe sobre la ejecución de los recursos y cumplimiento de las metas del componente para la paz del Plan Plurianual de Inversiones”, (Bogotá, Colombia, agosto

³¹⁷ Óp. Cit., Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. Pág. 37.

Paz en 15 años, y (...) del total de recursos de OCAD Paz, el 26% de se están destinando por fuera de los municipios PDET”³¹⁸.

Recrudescimiento del conflicto armado

Cinco años después de la firma del Acuerdo Final de Paz, se estima que la lentitud en la implementación de lo acordado ha permitido un incremento en los niveles de violencia en el país. Pese a los esfuerzos adelantados, diferentes actores armados han iniciado disputas con el propósito de ocupar el control territorial que antes ejercía la guerrilla de las FARC-EP afectando a las comunidades que de nuevo han pasado a ser víctimas de desplazamiento forzado³¹⁹. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, se estima que en el 2020 se han emitido más de 200 alertas tempranas en todo el territorio nacional con el propósito de denunciar los territorios que presentan un alto riesgo de vulneración de derechos humanos³²⁰. Esto sin lugar a duda pone en riesgo la restauración de las víctimas del conflicto armado que pese a participar en la JEP continúan siendo objeto de victimización.

Lo anterior se traslada igualmente a los comparecientes, especialmente los ex integrantes de las extintas FARC-EP, dado que existe una permanente falta de garantías de seguridad en los territorios principalmente afectados por el conflicto armado, situación que influye en su participación ante la JEP. Además, esto limitaría en gran medida el alcance territorial de los TOAR que se podrían ejecutar como cumplimiento del componente restaurativo de la sanción. De acuerdo con el tercer informe presentado por la PGN, se ha evidenciado un incremento significativo de homicidios contra ex integrantes de las extintas FARC-EP y sus familiares, correspondiente a 270 hombres y 8 mujeres. A lo anterior se suman las persistentes afectaciones a la población civil causadas como consecuencia del incremento de los desplazamientos forzados que han afectado a 14.208 familias, y el uso indiscriminado de artefactos explosivos y minas antipersonales registrado al menos 84 víctimas. Bajo tal panorama, de continuar el recrudecimiento

³¹⁸ Óp. Cit., Informe Multipartidista. Pág. 50.

³¹⁹ Consejo Noruego para Refugiados (2021). Colombia: El conflicto persiste cinco años después del acuerdo de paz. Disponible en: <https://nrc.org.co/2021/11/22/colombia-el-conflicto-persiste-cinco-anos-despues-del-acuerdo-de-paz/>.

³²⁰ Defensoría del Pueblo-Colombia (2020) Informe de gestión a Congreso de la República. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXVIII-INFORME-GESTION.pdf>.

de la violencia en las zonas históricamente afectadas por el conflicto armado, se limitaría el alcance restaurativo y transformador de las obras o actividades adelantadas por los comparecientes en el marco del cumplimiento de las sanciones propias.

CONCLUSIÓN

En virtud del principio de soberanía, corresponde a los Estados imponer la sanción más adecuada para castigar los más atroces crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno. Sin embargo, en el marco de los sistemas de protección de los derechos humanos, tal ejercicio de soberanía debe ir en armonía con los deberes internacionales dirigidos a evitar la impunidad de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado bajo una perspectiva que, a diferencia de lo que ocurre en situaciones de criminalidad ordinaria, no solamente involucra el deber de investigar, juzgar y sancionar sino de propender por implementar medidas adecuadas para lograr la reconciliación justa y durable de la sociedad que busquen la consolidación de la paz. Dichas medidas de lucha contra la impunidad deberán ir dirigidas a lograr el ejercicio de los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a obtener justicia, a conocer la verdad de lo ocurrido en el conflicto y construir una memoria sobre su pasado, establecer políticas hacia la reparación -individual y colectiva- de quienes se afectaron y garantizar la no repetición de los hechos victimizantes³²¹.

Estos principios fijados por el SUDH hacen que, en el marco de la justicia transicional, buscar la justicia sobre los crímenes más atroces cometidos en el marco de los conflictos armados vaya mucho más allá de la necesidad de sanciones ejemplares que eviten la repetición de las atrocidades cometidas en el pasado. Por tal motivo, los Estados en procesos de transición han tenido que verse en la necesidad de implementar diferentes mecanismos tanto judiciales como extrajudiciales para enfrentar el desafío de abordar las necesidades de las víctimas y de la sociedad hacia la consolidación de la paz en sus territorios. Concretamente, los mecanismos judiciales como Tribunales Internacionales, Tribunales Híbridos y los domésticos, son utilizados para adelantar de manera imparcial e independiente la investigación, judicialización y condena de los crímenes más atroces cometidos en el marco de los conflictos bajo el tradicional paradigma de justicia retributivo, imponiendo sanciones severas que en su amplia mayoría involucra el encarcelamiento

³²¹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. La cuestión de la Impunidad de los autores de los derechos humanos. Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la Decisión 1996/119. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/ Rev.1. 12 de octubre de 1997.

de los responsables considerándolo como la mejor medida de castigo teniendo en cuenta la extrema gravedad de las conductas y su impacto social.

Sin embargo, el análisis desarrollado en el presente trabajo de investigación ha permitido salir de los planteamientos teóricos generales que se han desarrollado sobre la función de las penas desde su finalidad de rehabilitación y reinserción social, para entrar a desarrollar un estudio crítico sobre la teoría de la pena, el espacio carcelario y los efectos que estos tienen con el objetivo de la reducción de la criminalidad. Desde los estudios de la sociología se presentan nuevos planteamientos que invitan a reflexionar las nuevas realidades de los sistemas carcelarios y las herramientas empleadas para el control social. En esa medida, se reconoce que el delito ya no es un fenómeno frente al cual se debe reaccionar para garantizar la estabilidad y la armonía de los ciudadanos, por el contrario, el contrato social que lo origina entra en crisis para comprender que, en la actualidad, el delito se ha convertido en una herramienta de control y las cárceles en espacios de marginalización y opresión de grupos históricamente marginalizados.

Concretamente desde el análisis de contexto latinoamericano, los sistemas penitenciarios se enfrentan a una situación de crisis en el que la violación sistemática de los derechos humanos³²², la implementación de sistemas punitivos populistas e incluso la incursión del *lawfare* como término para referirse a la instrumentalización del derecho penal como herramienta de dominación³²³, hacen parte de una realidad que ponen en tela de juicio su idoneidad, no sólo para enfrentar la criminalidad ordinaria sino, desde luego, para ser usado como medida para atender y contribuir de manera integral con la lucha contra la impunidad en contextos de conflicto armado.

Por tal motivo, la justicia restaurativa aparece en la escena de la discusión ofreciendo una alternativa para comprender al delincuente, al crimen y el daño. A diferencia de la teoría abolicionista que propone la eliminación total del sistema penal, este paradigma de justicia, reconoce las finalidades propias del paradigma retributivo y ofrece una salida amplia del conflicto comprendiendo las diferentes dimensiones del crimen y reconociendo la necesidad de involucrar a las víctimas, al ofensor y a la comunidad, al escenario de discusión con el propósito de lograr

³²²Óp. Cit., ARIZA, L; ITURRALDE, M. Pág. 26.

³²³ Óp. Cit., VEGH WEIS. Pág. 28.

una construcción dialogada para comprender las causas que originaron el crimen y el daño generado sobre sus actores³²⁴. Por lo tanto, su implementación en el marco de la justicia transicional propone una salida para enfrentar la criminalidad extraordinaria, llegando incluso a que algunos autores reconozcan similitudes en las finalidades que persiguen y proponen que la justicia restaurativa sea el paradigma orientador para solucionar la permanente dicotomía que ha surgido entre la justicia y la paz en el marco de la justicia transicional³²⁵.

La Jurisdicción Especial para la Paz, a través de la figura de la sanción propia, aparece en el marco del sistema de justicia transicional colombiano como una propuesta que reformula la tradicional aproximación retributiva del castigo y permite lograr un equilibrio entre las finalidades tradicionales de la pena y la construcción de paz³²⁶. La sanción propia permite reconocer que las funciones de la pena en procesos de construcción de paz parecen ser más complejas en relación con los crímenes ordinarios, pues pretende además de la retribución y la proporcionalidad teniendo en cuenta la gravedad del daño, la restauración del daño causado en las víctimas bajo un enfoque diferencial, la verdad sobre los hechos cometidos y la reintegración de los excombatientes a la vida social. Por lo tanto, se busca a través de este nuevo modelo de sanción, dar una respuesta humanitaria sobre el crimen, reconociendo que la prisión parece resultar ineficaz para las funciones de la sanción en el marco de la justicia transicional³²⁷.

Este modelo, si se implementa de manera adecuada, puede llegar a ser considerada como una propuesta ambiciosa que lograría cambiar la forma como los Estados, desde la tradicional perspectiva occidental entienden el castigo. No obstante, diseñar un modelo sancionatorio adecuado para castigar graves crímenes internacionales a través de la ejecución de unas obras o actividades en medio de un contexto como el colombiano en el que se mantienen distintos actores armados y se recrudece la guerra, genera amplios desafíos para los jueces, quienes se ven

³²⁴ Óp. Cit., ZEHR & GOHAR. Pág. 16.

³²⁵ Óp. Cit., BUENO, PARMENTIER & WEITEKAMP. Pág. 39.

³²⁶ GAMBOA, C. (2020). *El papel de la justicia restaurativa en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición colombiano*. Instituto Colombo-Alemán para la Paz.

³²⁷ Óp. Cit., CALDAS BOTERO. Pág. 115.

enfrentados a salir de su zona de confort para apoyarse en las políticas públicas de implementación del Acuerdo de Paz con el fin de garantizar la legitimidad de sus sanciones³²⁸.

Por tal motivo, siguiendo la línea argumentativa planteada por Aukerman, si bien la JEP ofrece un modelo de justicia que pretende combinar los paradigmas de justicia retributivo y restaurativo con el propósito de atender de manera integral las necesidades de la justicia transicional, no se puede perder de vista su naturaleza como órgano jurisdiccional y las limitaciones que esta ofrece³²⁹. Se requiere por lo tanto comprender que el éxito de las sanciones propias dependerá indudablemente de su interrelación con los demás mecanismos diseñados en el marco del Acuerdo Final de Paz y de las instituciones que operan en el ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de consolidar la transición hacia la paz. En ese sentido, aspectos como la coordinación de la JEP con otros órganos del sistema de justicia transicional, la capacidad de los jueces transicionales y de sus equipos de trabajo para aproximarse a otras áreas del conocimiento para materializar proyectos realistas que estén vinculadas con las políticas públicas de implementación del AFP y sin lugar a dudas, el recrudecimiento del conflicto armado en los territorios históricamente afectados, serán aspectos fundamentales que tendrán que ser considerados con especial atención para implementar un modelo sancionatorio efectivo que permita contribuir en el logro de la paz en Colombia.

³²⁸ GÓMEZ IZA, F. (2017). "Response to Annette Pearson's note on restorative justice in the Colombian peace process". *Restorative Justice: An International Journal*. Vol. 5. Pág. 310.

³²⁹ Óp. Cit., AUKERMAN. Pág. 57.

BIBLIOGRAFÍA

Naciones Unidas

Consejo de Seguridad. Resolución 827, art 1. 25 de mayo de 1993. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>.

Consejo de Seguridad. Resolución 1166. 13 de mayo de 1998.

Consejo de Seguridad. Resolución 955. 8 de noviembre de 1994

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Informe del secretario general: “*Misión de Verificación en Colombia*”, 20 de julio de 2018.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Caso Irene Bleier y otros Vs Uruguay. Comunicación No. 30/1978.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Caso Carmen Almeida de Quinteros V. Uruguay. Comunicación No. 107/1981.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas: “*Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”. E/cn.4/2005/102/Add.1. febrero 8 de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de [los] derechos humanos en Colombia

ONU. Informe Anual 2020. Fondo Multidonante para el Sostenimiento de la Paz en Colombia. Disponible en: www.fondonuol.org/post/back-to-fiction-what-i-am-reading-this

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos. Nueva York y Ginebra.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012

Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010

Corte Penal Internacional

Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Prosecutor v. Blaškić, Case No. IT-95-14-A, Appeals Judgement, (July 29, 2004)

Prosecutor v. Nikolić, Case No. IT-94-2-S, Sentencing Judgement, (Dec. 18, 2003)

Prosecutor v Kunarac.

Prosecutor v. Kayishema, ICTR-95-1-A, (June 1, 2001)

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia T- de 1998. M.P:

Sentencia T-264 de 2017.M.P: Alberto Rojas Ríos

Sentencia C-080 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Sentencia C-538 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera

Sentencia C-674 de 2017.

Jurisdicción Especial para la Paz

Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Apelación del Tribunal para la Paz. Auto TPSA 19 de 2018.

Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Apelación del Tribunal para la Paz. Auto TPSA 20 de 2018.

Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Apelación del Tribunal para la Paz. Auto TPSA 21 de 2018

Jurisdicción Especial para la Paz. Sección de Apelación del Tribunal para la Paz. Sentencia Interpretativa TP-SA-SENIT 01 de 2019.

Jurisdicción Especial para la Paz. Sección con Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Auto AI-008-2020MC FP-FARC. 29 de julio de 2020.

Justicia y Paz

Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia contra Salvatore Mancuso Gómez y otros. M.P: Léster M. González R.

Literatura

AUKERMAN, Miriam J. (2002). Extraordinary Evil in Ordinary Crime. A framework For Understanding Transitional Justice. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 15.

ARIZA, L & TAMAYO, F (2020). El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*. No. 73, Págs. 83-95.

ARIZA, LIBARDO. & ITARRULDE, M (2011). “Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en Latinoamérica”. *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y América Latina*. Universidad de los Andes. Bogotá., Págs. 19-190.

BACHMANN, Klaus; FATIĆ, Aleksandar (2015). *The UN International Criminal Tribunals: Transition Without Justice?* Routledge.

BAZEMORE, G. & WALGRAVE, L. (1999). *Restorative Juvenile Justice: Repairing the harm of youth crime*. Monsey NY. Criminal Justice Press.

BERISTAIN, C y otros. (2011). *Contribution of Truth, Justice and Reparation Policies to Latin American Democracies*. Ed. 1. Inter-American Institute for Human Rights.

BLANCO CORTINA, David. (2019). “Proporcionalidad y sanciones transicionales Análisis del modelo de castigo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)”. *Revista de Derecho*, núm. 52. Universidad del Norte. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/851/85164002009/html/index.html#B12>.

BRAITHWATE, J. (1989). *Crime, shame and reintegration*. NY. Cambridge University Press.

BRAITHWAITE, J. (1999). *Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts*, in M. Tonry (ed.). *Crime and justice: A review of research 25*: 1–127. Chicago, IL: University of Chicago Press.

BROOMHALL, Bruce. (2004). *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford University.

BUENO, I. (2013). *Mass victimization and restorative justice in Colombia: Pathways towards peace and reconciliation?* Doctoral Dissertation, Leuven: Faculty of Law. KU Leuven.

BUENO, I. & DIAZ ROZAS, A. (2011) “Which approach of justice in Colombia under the ICC”. *International Criminal Law Review*. No. 13. KU Leuven, Belgium, p. 211-245.

BUENO, PARMENTIER. & WEITEKAMP. (2016). *Exploring restorative justice in situations of political violence: The case of Colombia*. *Restorative justice in transitional settings* (ed). Routledge. pp 37-55.

BUSTOS, J. BERGALLI, R & MIRALLES, T. (1983). *Pensamiento Criminológico*. Editorial Temis, Bogotá.

CABEZAS, J, (2003). *La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales*. Universitat de Barcelona.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier (2014). Impunidad, Sistema de Justicia, Estado de Derecho y Democracia. ¿Es peor la impunidad que el crimen en sí mismo? *Espacio Abierto-Revista del Centro de Investigación de Estudios Judiciales*, número 20 páginas 18-22.

CLAMP, Kerry. (2016). *Restorative justice in transitional settings*. Ed 1. Routledge.

CLAMP, K & DOAK, J (2012) More than words: Restorative justice concepts in transitional justice Settings. No. 12. *International Criminal Law Review*, pp. 339-360.

CUNEEN, C. (2001). *Reparations and restorative justice: Responding to gross violations of human rights*. Restorative justice and civil society. Cambridge University Press, pp 83-91

DE SOUSA SANTOS, B. (2008). “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”. *El otro Derecho*. No. 28. Bogotá D.C., ILSA.

DE SOUSA SANTOS, B. (2018). *Construyendo las epistemologías del sur: para un pensamiento alternativo de alternativas*. Vol. II. CLACSO.

DIGNAN, J. (2006). *Understanding victims and restorative justice*. London. McGraw-Hill Education.

DOHERTY, Joseph & STEINBERG, Richard (2016). Punishment and policy in international criminal sentencing: An empirical study. *American Journal of International Law*, 110(1), 49-81.

GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J. (2016). La cárcel dispar. Derivas de Legitimación y Constancias Fácticas. En: GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep; RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La Cárcel Dispar. Crítica Penal y Poder*. Universitat de Barcelona. Ediciones Bellaterra. Barcelona.

GAMBOA, C. (2020). *El papel de la justicia restaurativa en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición colombiano*. Instituto Colombo-Alemán para la Paz.

GARGARELLA, Roberto. (2008). *De la Justicia Penal a la Justicia Social*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.

GARGARELLA, R. (2006). “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”. *Perfiles Latinoamericanos*. N. 28, Págs. 9-32.

GARLAND, D. (2007). *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad Javeriana.

GARLAND, D. SPARKS, R. (2000). “Criminology, social theory and the challenge of our times”. *The British Journal of Criminology*, vol. 40. No 2, pp. 189-204.

GÓMEZ IZA, F. (2017). “Response to Annette Pearson’s note on restorative justice in the Colombian peace process”. *Restorative Justice: An International Journal*. Vol 5.

GONZALEZ-BERTOMEU, J & GARGARELLA, R. (2016). *Latin American Casebook: Courts, Constitutions and Rights*. Ed., Routledge.

GONZÁLEZ, I. (2009). Abolicionismo, cárceles e inseguridad ciudadana. *Crítica, Alternativas y Tendencias. Revista de Derecho Penal y Criminología*. No. 3, pp. 291-315.

Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes. (2011). *Comentarios sobre la Política Criminal en Colombia enviados a la Comisión Asesora de Política Criminal del Gobierno Nacional*. Disponible en: <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/PRODUCTOSRELATORIA/politicacriminal.pdf>

JOSI, C. (2017). “Accountability in the Colombian Peace Agreement: Are the Proposed Sanctions Contrary to Colombia’s International Obligations?”. *Southwestern Law Review*, pp 401-419.

HARMON, MARK, and GAYNOR, FERGAL. (2007). *Ordinary Sentences for Extraordinary Crimes*. *Journal of International Criminal Justice*.

ITURRALDE. M. (2007). *Estudio Preliminar. David Garland. Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía*. Siglo del Hombre Editores.

LAMBOURNE, Wendy. (2016). *Restorative justice and reconciliation: The missing link in transitional justice*. Restorative justice in transitional settings. Edt. CLAMP, Kerry. Routledge.

LIBARDO, A & TAMAYO, F (2020). El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*. No. 73, pp. 83-95.

MAÑALICH, J. (2015). “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”. *Revista para el Análisis del Derecho*. No. 2, pp. 1-32. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf>.

MERTUS, Julie (2004). Shouting from the Bottom of the Well The Impact of International Trials for Wartime Rape on Women's Agency. *International Feminist Journal of Politics*, 6:1, 110-128, DOI: 10.1080/1461674032000165950.

MCGONIGLE, Brianne. (2011). *Procedural Justice? Victim participation in International Criminal Proceedings*. School of Human Rights Research Series. Vol 42. Intersentia.

MIR PUIG, SANTIAGO (1982). *La Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona. P 25.

OLASOLO, Héctor. (2015). *¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?* Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional. 117-158, 143-144 (Ana Isabel Pérez-Cepeda. Tirant lo Blanch, Valencia.

OLASOLO, Héctor. (2016). *Los fines del derecho internacional penal*, 29 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 93-146. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/18915>

OLÁSULO, Héctor. (2009) El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho penal contemporáneo*, no 27.

PARMENTIER, BUENO & WEITEKAMP. (2016). *Exploring restorative justice in situations of political violence. The case of Colombia*. Restorative Justice in transitional settings. Routledge.

RÍOS, J. (2019). Una Mirada sobre la posible reducción del sufrimiento humano en el sistema penal desde claves de política penitenciaria. *Revista de estudios penitenciarios Extra*, Págs. 273-285.

RIVERA BEIRAS, IÑAKI. (2002). “Forma-Estado, Mercado de trabajo y Sistema Penal. Nuevas racionalidades punitivas y posibles escenario político criminales”. *Criterio Libre Jurídico*, pp. 9–37.

RODRÍGUEZ, C & UPRIMNY, R. (2003) ¿Justicia para todos o seguridad para el Mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina. *Revista Foro* No. 46, pp. 58-82.

STAHN. Carsten. Fair and Effective Investigation and Prosecution of International Crimes. International Nuremberg Principles Academy. Disponible en: https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/user_upload/Fair_and_Effective_Investigation_and_Prosecution_of_International_Crimes.pdf.

UPRINMY, R. & SAFFON, M. (2009). *Transitional Justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some insides from the Colombian Case*. Bogotá. Dejusticia. Disponible en: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_55.pdf.

WALGRAVE, Lode. (2008). *Restorative justice. An alternative for responding to crime*. International handbook of penology and criminal justice. Boca Raton, London & New York.

ZAFFARONI, E & DIAS DOS SANTOS, Í. (2020). La nueva Crítica Criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero. Tirant lo Blanch.

Otras fuentes

Corte Penal Internacional. Oficina del Fiscal. Informe sobre las actividades de examen preliminar. 4 de diciembre de 2017.

Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de Colombia y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, art. 6. 28 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Comunicado-de-Prensa-sobre-la-decisi%C3%B3n-del-fiscal-de-la-Corte-Penal-Internacional-sobre-examen-preliminar-en-Colombia/535686349-CPI-Acuerdo-de-Cooperacio-n%20%281%29.pdf>.

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Bogotá D.C., 12 de noviembre de 2016.

Acto Legislativo 01 de 2017.

Ley 1957 de 2019. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. 6 de junio de 2019. D.O. No. 50.976.

Ley 1922 de 2018. Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. Art. 1. Lit. a. 18 de julio de 2018. D.O. No. 50.658.

Ley 906 de 2004. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Art 4. 1 de enero de 2005. D.O. No. 45658.

Jurisdicción Especial para la Paz. Manual para la Participación de las Víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz, diciembre de 2020, págs. 27-31, www.jep.gov.co/Infografas/participacion/manualparticipacion.pdf

Jurisdicción Especial para la Paz, Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad del Tribunal para la Paz. *Lineamientos en materia de sanción propia y Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador – Restaurador*. Disponible en: www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Conozca-Los-lineamientos-en-materia-de-sanci%C3%B3n-propia-y-Trabajos%2C-Obras-y-Actividades-con-contenido-Reparador---Restaurador/28042020%20VF%20Lineamientos%20Toars%20y%20SP.pdf

JEP. *Protocolo 001 de 2019 adoptado por la Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz para la coordinación, articulación interjurisdiccional y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz.* Disponible en: www.jep.gov.co/DocumentosJEPWP/protocolo.pdf

JEP. *Lineamiento 02 de 2019 adoptado por la Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz para implementar la coordinación, articulación y diálogo intercultural entre el pueblo Rrom (Gitano) y la Jurisdicción Especial para la Paz.* Disponible en: www.jep.gov.co/Documentos/2020/lineamientos-pueblo-rrom.pdf.

Procuraduría General de la Nación. Tercer Informe al Congreso sobre el estado de avance al Acuerdo Final de Paz. Agosto 2021. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Tercer%20informe%20Acuerdo%20de%20Paz%202021%20.pdf>.

Kroc Institute for International Peace Studies. *El Acuerdo Final de Colombia en tiempos del Covid-19: Apropiación Institucional y ciudadana como clave de la implementación.* [https://peaceaccords.nd.edu/wp-content/uploads/2021/09/Quinto-informe-estado-de-la-
implementacion-a-cuatro-anos-de-la-firma-1.pdf](https://peaceaccords.nd.edu/wp-content/uploads/2021/09/Quinto-informe-estado-de-la-implementacion-a-cuatro-anos-de-la-firma-1.pdf).

Séptimo informe multipartidista de seguimiento a la implementación del Acuerdo de Paz. (2021). *¿En qué va la satisfacción de los derechos de las víctimas?* Disponible en: [https://alianzaverde.org.co/images/Comunicados/090421_EN_QU_VA_LA_SATISFACCIN_DE
LOS_DERECHOS_DE_LAS_VCTIMAS.pdf](https://alianzaverde.org.co/images/Comunicados/090421_EN_QU_VA_LA_SATISFACCIN_DE_LOS_DERECHOS_DE_LAS_VCTIMAS.pdf).

Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación (ETC) “Reincorporación para la Paz.* Disponible en: [www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/9687/Informe-defensorial-espacios-territoriales-de-
capacitaci%C3%B3n-y-reincorporaci%C3%B3n-\(ETC\)-Farc-ETCR.htm](http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/9687/Informe-defensorial-espacios-territoriales-de-capacitaci%C3%B3n-y-reincorporaci%C3%B3n-(ETC)-Farc-ETCR.htm).

Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación. Plan Estratégico de Seguridad y Protección de Personas en Reincorporación. 1 de marzo de 2021. Disponible en: www.portalparalapaz.gov.co/publicaciones/1712/plan-estrategico-de-seguridad-y-proteccion/.

Getafè, a 24 de Mayo de 2022.

D. Javier Dorado Porras, Tutor del Trabajo de fin de Máster comparece y dice:

1. Que es el tutor del trabajo de fin de máster titulado “La sanción propia: una propuesta para castigar las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario” realizado por D^a Luisa Fernanda Torrado Rojas.
2. Que D^a Luisa Fernanda Torrado Rojas ha terminado las labores de realización de este trabajo de fin de máster.
3. Que al amparo de la normativa vigente, AUTORIZO a que presente los ejemplares correspondientes en ese Instituto, para la iniciación del procedimiento de lectura y defensa del trabajo de fin de máster, y solicito se adopten los acuerdos necesarios para llevar a buen término el mismo.

Fdo.: Javier Dorado Porras

Firmado por DORADO PORRAS JAVIER - 08033832R el día
24/05/2022 con un certificado emitido por AC FNMT
Usuarios

SR. DIRECTOR DEL MÁSTER EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS
HUMANOS