

**DERECHO PENAL Y LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR Y
SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS
Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
–Especial referencia a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana
C-579/13-**

TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

**CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ
ESTUDIANTE DE X SEMESTRE**

**DIRECTOR
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
PROFESOR DE DERECHO PENAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL
ROSARIO**

BOGOTÁ D.C.

JUNIO DE 2.014

*Para mis padres y
hermana, quienes me han
apoyado en este corto pero
fructífero camino.*

TABLA DE CONTENIDO

Tabla de contenido

Abreviaturas

Resumen

Palabras Claves

Key words

Introducción

1. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA ASUNCIÓN DE LA OBLIGACIÓN JURISPRUDENCIAL DE INVESTIGAR Y SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Reconstrucción de la premisa mayor utilizada por la Corte en la Sentencia C-579 de 2013

1.2. Consideraciones críticas

2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL QUE VELA POR SU APLICACIÓN

2.1. Críticas a algunas doctrinas derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1.1 La jurisdicción cuasi criminal de los Derechos Humanos.

2.1.2. Reconocimiento de conductas como de *ius cogens*

2.2. Jurisprudencia vs. Convención: reflexiones respecto de la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos

2.2.1. Reconstrucción de la doctrina de la Corte Interamericana de DDHH respecto a la obligación de investigar graves violaciones de DDHH

2.2.2. Consideraciones críticas

3. LAS AMNISTÍAS, EL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

4. IMPUNIDAD

5. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR GRAVES VIOLACIONES DE DDHH

5.1. Contextualización

5.2. La obligación de investigar como principio ponderable en la justicia transicional

6. LOS FINES DE LA PENA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS DDHH

7. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL Y FINES DE LA PENA EN JUSTICIA TRANSICIONAL

8. CONCLUSIONES

9. BIBLIOGRAFÍA

Abreviaturas

DIH ----- Derecho Internacional Humanitario
DDHH ----- Derechos Humanos
ICRC/CICR -----Comité Internacional de la Cruz Roja
CPI/ICC ----- Corte Penal Internacional
Corte IDH-----Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH-----Comisión Interamericana de Derechos Humanos

**DERECHO PENAL Y LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR Y
SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS
Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**
–Especial referencia a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana
C-579/13-¹

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez²

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la obligación de investigar graves violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a la luz de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana referente a la constitucionalidad del Marco Jurídico para la paz.

De la remisión que hace la Corte Constitucional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el deber de investigar graves violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario se concluye que la Corte Constitucional propone como premisa mayor una obligación que surge de una interpretación extensiva de la Convención Interamericana.

De la misma forma, se estudia el tratamiento indebido del derecho aplicable a las amnistías e indultos, que se relaciona con la necesidad de evitar cualquier tipo de impunidad, cuyo concepto sirve para esclarecer cuáles son los estándares e intereses que se quieren proteger.

Por último, se analiza el contexto al que se pretende aplicar dicha obligación, es decir, la justicia transicional, proponiendo un modelo interpretativo de los

¹ Agradezco a mi director de tesis, quien me ha acompañado y apoyado en todo este arduo proceso. También quiero agradecer al Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos y a todo el equipo del CEDPAL por su amable invitación y gran hospitalidad durante mi estancia para exponer un primer borrador de este trabajo en Göttingen/Alemania. Asimismo, a los participantes del Seminario “Análisis a la sentencia de la Corte Constitucional sobre el “Marco jurídico para la paz” por la valiosa e interesante discusión que aportaron en mucho para la construcción del presente trabajo. A su vez, al Profesor Fernando Velásquez y a los amigos John Zuluaga y Felipe Tenorio por los comentarios, críticas y sugerencias. Finalmente, a la fructífera estancia de investigación realizada en el invierno del 2013-2014 en la biblioteca de la Georg August Universität de Göttingen, y, a las valiosas sugerencias de los pares ciegos del CEDPAL que sin lugar a duda ayudaron a mejorar este texto; [Los profesores Francisco Bernate Ochoa y Mauricio Vanegas Moyano fueron los jurados del presente trabajo, otorgándole la máxima calificación -información añadida después de ser sustentada-].

² Estudiante de la Universidad del Rosario, asistente Académico del Prof. Fernando Velásquez V., Ex relator de la Comisión Asesora de Política Criminal para el Estado Colombiano, Coordinador de la Revista Cuadernos de Derecho Penal y miembro de la Sociedad Europea de Criminología.

finde de la pena, y su aplicación por medio de la favorabilidad penal, para la justicia transicional, que sea acorde a la interpretación de la Convención Interamericana.

PALABRAS CLAVES:

Corte Constitucional Colombiana, Corte Interamericano de Derechos Humanos, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Justicia Transicional, Impunidad, Derecho Penal, Amnistías, Pena, Paz, Justicia y Colombia.

KEY WORDS

Constitutional Court of Colombia Interamerican Court of Human Rights, Human Rights, International Humanitarian Law, Transitional Justice, Impunity, Criminal Law, Amnesty, Punishment, Peace, Justice and Colombia.

INTRODUCCIÓN

Con especial referencia al caso colombiano, se pretende analizar la obligación de investigar graves violaciones de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, a la luz del uso dado en la premisa mayor utilizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-579 de 2013.

En primer término, se reconstruirá de forma general la premisa mayor que utiliza la Corte constitucional como fundamento en la sentencia referida, es decir, la existencia de una obligación, según la Corte Interamericana, derivada de la Convención Interamericana de DDHH, de investigar y juzgar (penalmente) graves violaciones de DDHH.

En segundo orden, se argumentará que dicha obligación no tiene un fundamento explícito en la Convención Interamericana, sobre todo respecto de la imperatividad de investigaciones judiciales **de carácter penal**, y por lo tanto el criterio de la Corte Interamericana de DDHH solo podía ser referencia interpretativa, más no creadora de obligaciones vinculantes, exigiendo un análisis crítico y concreto, por parte de la Corte Constitucional, respecto de la implementación de dicha obligación en el sistema constitucional colombiano y de la validez de su origen supraconvencional.

En tercer lugar, se analizarán la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de establecer tanto la doctrina, como algunas críticas que se le vienen haciendo a ciertas corrientes jurisprudenciales de la Corte Interamericana. A partir de dichas críticas, se hará lo propio en relación con la tensión que se genera respecto del mandato de la Convención Interamericana y la obligación de investigar graves violaciones de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.

En cuarto orden, se disertará sobre la relación entre las amnistías e indultos y la obligación de investigar graves violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, tocando temas de tensión como la relación entre esas dos ramas de Derecho Internacional Público, para poder tomar posición respecto del tratamiento que le da la Corte Constitucional al punto.

En quinto lugar, se estudiará el concepto de impunidad, puesto que según la discusión contemporánea, la obligación de investigar busca evitar la impunidad, siendo necesario aclarar el significado y la connotación de dicho término.

Al estar la sentencia en estudio, enfocada a la repercusión de la obligación de investigar en procesos de justicia transicional, en el quinto punto se presenta una básica aproximación al tema, con el fin de contextualizar el ámbito de aplicación de dicha obligación en el caso en estudio, y, partiendo del análisis de los fines de la pena en la justicia transicional, se hace una contrapropuesta que varía en algunos aspectos lo referido por la sentencia, con el fin de conseguir un modelo que pueda coexistir con las obligaciones de la Convención Interamericana.

Por último, se planea una opción de aplicabilidad del modelo propuesto en el texto, bajo el amparo del principio de favorabilidad, con el fin de permitir un modelo investigativo real, que sea coherente con las exigencias de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Debe aclararse, que no será objeto de este estudio la obligación de perseguir los crímenes internacionales a la luz del Derecho Penal Internacional, puesto que consideramos que merece un estudio separado que puede arrojar conclusiones distintas. A su vez, se debe aclarar que el presente estudio se centra en el caso colombiano, el cual tiene características muy particulares que

no permiten la aplicación directa de estándares que fueron constituidos para realidades distintas, como lo puede ser, el del paso de una dictadura a la democracia o el juzgamiento de un grupo armado que se ha perdido y se está viendo sometido a la justicia de los vencedores.

1. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LA ASUNCIÓN DE LA OBLIGACIÓN JURISPRUDENCIAL DE INVESTIGAR Y SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Reconstrucción de la premisa mayor utilizada por la Corte en la Sentencia C-579 de 2013

En primer lugar, aclararemos que se habla de premisa mayor puesto que la Corte Constitucional en el juicio de constitucionalidad ha utilizado el test de sustitución, basándose en un “(...) esquema deductivo compuesto por tres elementos: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión”³, retomando una de las operaciones básicas de aplicación del derecho, específicamente la subsunción desarrollada por Alexy⁴.

Villa Rosas explica, específicamente respecto de la premisa mayor, que:

Así conforme a la Corte, la justificación externa de la premisa mayor del juicio de sustitución de la carta requiere la enunciación de “aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución” que se supone han sido sustituidos por el acto que modifica. Según la Corte, la enunciación de dichos aspectos permite al juez constitucional “establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado”. La Corte advierte, sin embargo, que la enunciación de estos aspectos debe ser específica, es decir, se trata de plantear “la manera particular como un elemento definitorio ha sido configurado por la Constitución colombiana”, el cual por consiguiente, “hace parte de su identidad”⁵ (se omiten las citas de pies de página).

³ VILLA ROSAS, GÓNZALO. “La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, p. 28.

⁴ *Ibíd.* pp. 22 y ss.

⁵ *Ibíd.* p. 48.

Se debe identificar que de forma genérica la Corte Constitucional determina que la premisa mayor, en el caso en estudio, es “el compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y las víctimas”⁶, tomando como base el modelo utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce la existencia de tres obligaciones: la de respeto, la de protección y la de garantía.

Dentro de la obligación de garantía, desprende cinco sub obligaciones: “(i) prevenir su vulneración (no repetición); (ii) crear mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos en casos de amenaza o vulneración (tutela efectiva); (iii) reparar las violaciones y esclarecer los hechos (reparación y verdad); e (iv) **investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH, y al DIH (justicia), entre otras**”⁷.

A su vez, para analizar metodológicamente la sub-obligación, *de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de DDHH Y DIH*, deriva tres elementos: “(i) la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar (ii) las graves violaciones a los Derechos Humanos y (iii) al Derecho Internacional Humanitario”⁸ (Se omiten pies de páginas).

Dentro de este razonamiento la Corte Constitucional reconstruye las fuentes de derecho, las sentencias de la Corte Interamericana y las referencias de derecho comparado e internacional que en su criterio le pueden servir como fundamento del fallo.

Finalmente se pueden encontrar las siguientes conclusiones, primero, retoma la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de DDHH ,y a pesar de la extensa recopilación de tratados y normas que enuncia como fuente, con base principalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; segundo, en materia de DDHH acude a una clasificación de *numerus apertus*, al dejar abiertas las conductas que pueden constituir graves violaciones de DDHH al origen convencional que se vaya dando; tercero, en materia de DIH asume la postura de la sentencia C-291 de 2007, que considera que el origen de la obligación ,en lo concerniente al DIH, se da en virtud del derecho internacional consuetudinario; cuarto, en materia de relación del DIH con los DDHH, asume el criterio de especialidad, tomando como referencia

⁶ Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional.

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Ibíd.*

pronunciamientos de la CIDH y la CIJ; quinto, condiciona la aplicación del criterio de especialidad al momento de terminación del conflicto armado; y sexto, descarta la aplicación de las amnistías del DIH para crímenes internacionales, con sustento tanto en el compendio de derecho consuetudinario del CICR, y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

1.2. Consideraciones críticas

A continuación, daremos algunas razones que permitan entender por qué esa primera lectura de la premisa mayor debe generar dudas.

En primer lugar, es confuso el manejo de fuentes que utiliza como sustento la Corte Constitucional en la sentencia en estudio, especialmente respecto de la premisa mayor, pues contrario al exhaustivo trabajo investigativo de los distintos instrumentos internacionales que consideran relevantes el tema⁹, en el análisis concreto de dicha proposición, la Corte se centra en el debate empezando por la estructura- en la interpretación normativa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo, principalmente, respecto de las obligaciones, que según ese órgano internacional, se generan del artículo 1.1. de la Convención Interamericana, dejando abandonado o en segundo plano el desarrollo de los demás instrumentos anunciados.

Lamentablemente, resulta desaprovechada la exhaustiva investigación normativa¹⁰ y de derecho comparado¹¹, por falta de utilización concreta, del material referenciado, en el desarrollo de los argumentos, quedándose en la mera compilación¹².

Lo mismo sucede, respecto de la completa reconstrucción jurisprudencial de las distintas obligaciones, puesto que a pesar de ser muy exhaustivos en la enunciación de casos, no se ve una relación directa de cada uno de los casos enunciados con el del Marco Jurídico para la Paz¹³.

⁹ Sobre todo véase punto 8.1.1. de la sentencia C- 579 de 2013 de la Corte Constitucional.

¹⁰ A pesar de enunciar sustento de la obligación en normas de la constitución, la obligación terminan derivándola de la Convención Interamericana de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH.

¹¹ Distintos usos se le puede dar a los estudios de derecho penal comparado, vale la pena tener en cuenta el interesante análisis de CHIESA, LUIS E.. *Comparative Criminal Law*. En: DUBBER, MARKUS. HÖRNLE, TATJANA. *Oxford Handbook of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, en prensa, también disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387304

¹² CHIESA, LUIS E. (supra nota 11).

¹³ Consideramos que la mera enunciación no es suficiente para deducir la relación directa con el marco normativo en estudio.

Frente a las fuentes, vale destacar que la Corte Constitucional se empeña en aclarar el papel jerárquico y, por ende, la relación con las normas internas de inferior nivel, que tiene cada uno de los tratados citados, pero, desafortunadamente, en el desarrollo concreto se utilizan como fuente principal, los distintos pronunciamientos internacionales, dejando de lado las normas concretas –en este caso los artículos específicos de los tratados como fuente de derecho–, por lo que pareciera a primera vista que la fuente de derecho no son los tratados sino la jurisprudencia internacional.

Lo anterior es más que evidente al aparentemente asumir, después de una larga enunciación de referencia, los parámetros fijados por la Corte Interamericana, y como si fuera una verdad absoluta, sin justificar o analizar el origen de dicha interpretación, se acogen los parámetros de análisis utilizados por la jurisprudencia.¹⁴ Frente a esto, consideramos más pertinente el planteamiento del Procurador General de la Nación Argentina en el caso Acosta, al determinar los siguientes cuatro pasos para tener en cuenta de forma auxiliar la jurisprudencia: *1) identificación de la jurisprudencia, 2) identificación de la doctrina de la jurisprudencia, 3) aplicabilidad de la doctrina al caso concreto, 4) compatibilidad de la doctrina aplicable con el orden jurídico constitucional*¹⁵.

Considero que la Corte Constitucional colombiana, no debió fundamentar como premisa mayor una obligación que proviene de una verdadera creación normativa por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que va más allá de una interpretación de la Convención (como se sustenta en los apartados 2.2.2 y 2.2.3) y que proviene de organismos internacionales que no pueden proferir sentencias que tengan mayor valor que nuestra Carta Política, puesto que el marco de referencia para la interpretación que realiza la Corte Interamericana es la Convención Interamericana de DDHH, y gracias a la doctrina del bloque de constitucionalidad asumida por la Corte Constitucional de Colombia¹⁶, los tratados de DDHH se incorporan a la Carta siendo de la misma jerarquía

¹⁴ Véase Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional Colombiana, p. 235.

¹⁵ Tomados de la referencia literal que hace MALARINO, EZEQUIEL. (INFRA. Nota 32), pp. 94 y ss.

¹⁶ Reconstruyendo la evolución de la doctrina del bloque de constitucionalidad según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, véase GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS MAURICIO. El bloque de constitucionalidad: Conceptos y fundamentos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 23 y ss.

normativa, y, necesitando “(...) a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”¹⁷.

Dicha postura de la Corte Constitucional no se comparte, pues aunque consideramos que la posición de la Corte Interamericana debe ser un criterio relevante¹⁸, la Corte Constitucional debe tener en cuenta, tanto que la interpretación de la Convención que le ha dado la Corte Interamericana no tiene evidente fundamento positivo (como se sustenta en los apartados 2.2.2 y 2.2.3) y se inspira en una realidad concreta, como que debió analizar crítica y contextualmente la doctrina aplicable por medio de la aplicación concreta a la constitución nacional, para sustentar el fundamento en la Convención y no solamente transcribir el articulado y los fallos del tribunal internacional, puesto que como lo ha afirmado la misma Corte Constitucional “(...) el hecho de que una norma pertenezca al bloque de constitucionalidad no significa que adquiera el rango de normas supraconstitucional, pues la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”¹⁹

La jurisprudencia de los órganos internacionales puede ser apreciable en la interpretación interna, más no debe ser criterio impositivo, puesto que estos organismos internacionales deben estar llamados a resolver casos concretos, lo que explica el cambio de doctrinas jurisprudenciales, al cambiar la situación fáctica de los casos concretos.²⁰ A pesar de que en sistemas jurídicos como los del *common law*, esta dinámica pueda ser cierta²¹, en el caso colombiano, según el artículo 230 de la Constitución Política la jurisprudencia es criterio

¹⁷ Auto 034 de 2007 de la Corte Constitucional colombiana.

¹⁸ En este sentido “La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”, sentencia C-010 de 2000 de la Corte Constitucional colombiana.

¹⁹ (Supra nota 17).

²⁰ De forma contraria, UPRIMNY YEPES, RODRIGO. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, disponible en la página de DeJusticia, http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado_de_derecho&publicacion=73, (15.03.2014).

²¹ Sobre la estructura y la función del precedente inglés, véase CROSS, RUPERT. HARRIS, J.W.. *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

auxiliar de derecho²². Incluso si se aceptara, lo cual no creemos posible según la normatividad actualmente vigente en Colombia, la dinámica del precedente en el *common law*, tampoco sería posible, puesto que en ese sistema solo son obligatorios los precedentes provenientes de tribunales superiores jerárquicamente²³.

La Corte Constitucional tenía la posibilidad de justificar la aplicación de dichas garantías de una forma distinta, como lo podía ser el mismo texto del acto legislativo 01 del 2012, o hasta en normas imperativas de *ius cogens*²⁴, que fuera menos controversial respecto del sistema de fuentes y jerarquía normativa colombiana, ya que el aplicar normas de creación jurisprudencial que superan la función interpretativa, como lo es el de investigar **penalmente** las graves violaciones de DDHH, implica extender excesivamente el alcance del artículo 4º de la Constitución, y del concepto de bloque de constitucionalidad²⁵:

***ARTICULO 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.*

La citación a la Corte interamericana no es aislada, es constante, pues en el caso colombiano hay una recepción amplia tanto de las resoluciones de la Comisión como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por ejemplo, por parte de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte

²² Defendiendo esta tesis véase TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La decisión judicial, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Tomo II*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2011, pp. 1709 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN. “La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial”. En: VELÁSQUEZ, FERNANDO (Director). GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS AUGUSTO (Coordinador). Cuadernos de Derecho Penal. Bogotá: No. 9, 2013, pp. 154 y ss.; de forma contraria, LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El derecho de los jueces*, segunda edición –octava reimpresión. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2009, pp. 265 y ss.

²³ CROSS, RUPERT. HARRIS, J.W. (Supra nota 21), p. 123.

²⁴ Frente a su imperatividad en Colombia, véase la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-225 de 1995; en materia de Derecho Penal Internacional, también se afirma la existencia de la obligación, con naturaleza y limitantes distintas, véase ROTH-ARRIAZA, NAOMI. Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute, and Provide Redress. En: ROTH-ARRIAZA, NAOMI (editor). IMPUNITY and HUMAN RIGHTS in INTERNATIONAL LAW and PRACTICE. New York y Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 24 y ss.

²⁵ Respecto a su evolución en el derecho comparado y en la jurisprudencia Colombiana, véase UPRIMNY YEPES, RODRIGO. (Supra nota 20).

Suprema de Justicia²⁶. Esto demuestra la gran influencia que pueden generar en el derecho nacional, las providencias internacionales, siendo muy necesario tener en cuenta sus valiosas interpretaciones como referencia auxiliar, mas no como fuente imperativa, puesto que, por ejemplo, algunos tratados han sido incorporados en el ordenamiento colombiano con condicionamientos en su interpretación²⁷, factor que no tiene por qué tener en cuenta el tribunal internacional al fallar.

Teniendo en cuenta la argumentación anteriormente expuesta, reiteramos que, la jurisprudencia tiene que seguir siendo un criterio de referencia interpretativo, más no verdadero creador de nuevas obligaciones por medio de interpretaciones extensivas que exceden el convenio firmado.

Finalmente queremos resaltar que es confuso como después de asumir la estructura de la Corte IDH, respecto de la obligación de investigar, se llegó a una solución distinta. Sin perjuicio de que consideremos que el razonamiento fue más racional pero igualmente limitado y por lo menos discutible.

2. CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL QUE VELA POR SU APLICACIÓN

En este apartado se analizará el sistema interamericano, para poder demostrar el origen jurisprudencial y no convencional, de la obligación de investigar graves violaciones de Derechos Humanos²⁸, aplicado por la Corte Constitucional colombiana.

²⁶ Véanse las Sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de referencias (línea actualizada hasta Mayo del 2013): Radicado 26077 del 01/11/2007; Radicado 26703 del 06/03/2008; Radicado 24841 del 06/03/2008; Radicado 26021 del 15/05/2008; Radicado 26180 del 28/05/2008; Radicado 26021 del 17/09/2008; Radicado 28476 del 16/12/2008; Radicado 30689 del 01/04/2009; Radicado 26657 del 19/08/2009; Radicado 31195 del 07/10/2009; Radicado 30849 del 14/10/2009; Radicado 31195 del 24/02/2010; Radicado 31091 del 19/05/2010; Radicado 30380 del 22/09/2010; Radicado 31091 del 04/05/2011; Radicado 32407 del 22/06/2011; Radicado 35773 del 13/07/2011; Radicado 28477 del 03/08/2011; Radicado 36657 del 09/05/2012; Radicado 28012 del 20/06/2012; Radicado 30642 del 26/09/2012; Radicado 28476 del 31/10/2012; Radicado 243065 del 22/05/2013;

²⁷ Véase por ejemplo las sentencias de la Corte Constitucional: C578 del 2002 y C580 del 2002 .

²⁸ En este trabajo nos referimos a DDHH en su connotación contractualista, puesto que se entiende que se habla de la responsabilidad internacional derivada de un tratado, sin perjuicio, de las distintas legitimaciones o connotaciones que se le pueda dar a este concepto. Explicando tanto las tesis contractualistas como las naturalistas, véase BEITZ, CHARLES R.. *La idea de los derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, 81 y ss.; Fundamentando los DDHH desde la teoría de los discursos, véase ALEXY, ROBERT. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 93 y ss.; desde una perspectiva sociológica y de sistemas, véase LUHMANN, NIKLAS. *La paradoja de los derechos humanos*,

Al tratar la obligación de investigar penalmente las graves violaciones de Derechos Humanos, presuntamente impuesta por la Convención Interamericana, se vuelve imperativo tener en cuenta el desarrollo de la doctrina de la Corte y de la Comisión Interamericana²⁹, sin perjuicio de algunas referencias al llamado “*Derecho Penal de los Derechos Humanos*”³⁰.

En el presente texto, se entiende que la Convención Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana son cosas distintas. La Convención, es el instrumento internacional, del que se deriva el conglomerado normativo, acogido libremente por los Estados de la región, con el fin de velar por el respeto y protección de Derechos Humanos. Mientras que la Corte Interamericana, es el tribunal encargado, por medio de su jurisprudencia³¹, de velar por su protección, por medio de la investigación y juzgamiento de responsabilidad estatal frente a violaciones de Derechos Humanos.

En la actualidad se vuelve casi inmanejable la ya numerosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en materia penal –refiriéndonos de manera amplia a ella, es decir, incluyendo sentencias relacionadas tanto con aspectos de la parte general, especial, procesal, de ejecución penal, y fallos que a pesar de no tratar específicamente el tema tienen incidencia en la temática-.

En mi opinión, en algunos casos, sobre todo en materia penal, estas instituciones pueden llegar a discrepar de los lineamientos comprendidos por los instrumentos interamericanos - debido al llamado activismo judicial-³², sin

tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 16 y ss.; con una concepción sociológica, pero totalmente distinta a la de Luhman, véase DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, pp. 85 y ss; elaborando un concepto metaético de los DDHH, véase NINO, C.S.. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1984, pp. 21 y ss.

²⁹ De forma muy actualizada véase, GONZÁLEZ MORALES, FELIPE. *Sistema Interamericano de Derecho Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 261 ss.

³⁰ Críticamente, véase, PASTOR, DANIEL. *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 281 y ss.

³¹ De forma crítica, Malarino identifica algunas tendencias de creación normativo por parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, véase MALARINO (infra nota 32), pp. 37 y ss.

³² Véase, MALARINO, EZEQUIEL. *Derechos Humanos y Derecho Penal, estudios sobre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 25 y ss.

tener un control fuerte que pueda revisar o reconsiderar su interpretación³³, por lo que nos permitimos enunciar algunas críticas relevantes al mismo.

Debiendo poner de presente lo importante que es poder discutir desde la academia temas como los que se enunciarán en el siguiente apartado, con el fin de permitir abrir el debate respecto de distintas situaciones, y, poco a poco ir construyendo y consolidando los distintos sistemas jurídicos.

2.1. Críticas a algunas doctrinas derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Sistema de Derechos Humanos, ha empezado a ser criticado por distintas razones. Por un lado, por los Estados que han renunciado a la jurisdicción³⁴, y, por otro lado, por la academia, que desde distintos campos, ha planteado diversas críticas.

Para la discusión en concreto nos concentraremos en las críticas académicas, sobre todo, en las relacionadas con aspectos que influyan directamente con la obligación de investigar y su influencia en el derecho penal nacional.

En primer término, se resumirán algunas críticas a la jurisdicción cuasi criminal de los Derechos Humanos, y, en segundo lugar; se expondrá, de forma general, la desmedida calificación de conductas como de *ius cogens* por parte de la Corte Interamericana.

2.1.1 La jurisdicción cuasi criminal de los Derechos Humanos

A pesar de ser un estudio descriptivo, nos parece relevante ver las características que hace Hunneus, a la denominada, jurisdicción cuasi criminal³⁵, para permitir contextualizar al lector en la discusión contemporánea.

³³ El único control es el contenido en el artículo 20.2 del Estatuto de la Corte Interamericana, véase de forma crítica *ibíd.*, pp. 53.; de la misma forma se debe tener en cuenta el análisis que hace Malarino, basándose en Hart, sobre la diferencia entre irrevocable e infalible, *ibíd.*, p. 52.

³⁴ Como por ejemplo, Venezuela. Cuestión que no será objeto de estudio o debate en el presente estudio.

³⁵ Al respecto, un muy interesante estudio de Hunneus, analizando el fenómeno en, HUNNEUS, ALEXANDRA. "International Criminal Law by other means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of The Human Rights Courts". En: *American Journal of International Law*, U.S.A.: vol. 107, No. 1, enero de 2013, pp. 1 y ss.

Para entender a qué se debe la caracterización de jurisdicción cuasi criminal de Hunneus, es preciso concretar las principales características y críticas que resalta en esta manifestación de la jurisprudencia del sistema interamericano.

Desde el plano de la legalidad y la jurisdicción es muy discutible la legalidad de la expansión del mandato de la Corte Interamericana³⁶, al asumir indirectamente la persecución de crímenes internacionales (debiendo nosotros añadir, que la utilización de nuevas figuras como la de las graves violaciones de derechos humanos han contribuido en esta tarea); desde una perspectiva eficientista es criticable la desnaturalización de estos organismos, “porque al no estar diseñados para supervisar los procesos penales internos, su capacidad se ve limitada”³⁷; desde el derecho a la defensa se afirma que estos sistemas no permiten el ejercicio de dicho derecho por parte del individuo, “(...) incluso si esa decisión afecta sus derechos y libertades”³⁸; y, finalmente, desde una perspectiva de los Derechos Humanos preguntan que “si el punto no es condenar individuos pero si el mejorar el comportamiento del Estado, ¿podría ser más efectivo y políticamente más astuto el ordenar una reforma estructural por medio de un cambio legislativo? (...)”³⁹.

Frente a esta última crítica, resulta importante tener en cuenta el análisis comparativo de carácter cuantitativo respecto de los casos en los que la Corte Interamericana vela por la persecución de crímenes internacionales, (debe tenerse en cuenta que las cifras fueron tomadas en 2012) habida cuenta de que mientras que la Corte Penal Internacional lleva una sentencia condenatoria (para el momento del análisis de Hunneus, no había salido el fallo contra Germain Katanga), y el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia -ICTY-, 64, la Corte Interamericana ha propendido por la persecución de crímenes internacionales en a aproximadamente 51 casos⁴⁰, y a pesar de tener jurisdicciones distintas, es interesante hacer el parangón, para poder evidenciar el efecto cuantitativo de la intervención, dejando de ser un fenómeno asilado, y, pasando a tener mayor preponderancia cualitativa un

³⁶ *Ibíd.*, pp. 3 y 12.

³⁷ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: “a second line of criticism is that because these bodies were not designed to supervise national criminal procedures, their capacity to do so is limited”, en *Ibíd.*, p. 13.

³⁸ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: “The Inter-American Court does not give standing to individual criminal defendants, even as its decisions directly affect their rights and freedom”, en *Ibíd.*, p. 14.

³⁹ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: “If the point is not to punish individuals but to curb and improve state behavior, would it not be more effective and politically astute to order structural reform through legislative change? (...)”, en *Ibíd.*, p. 14.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 1 y 2.

órgano de DDHH que los tribunales que por naturaleza deben conocer del juzgamiento de la responsabilidad penal internacional que es de carácter individual y personal.

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena citar a Pastor, al hablar de la *desorientación de los derechos humanos*, la cual, según dicho autor, es “(...) producida a partir de su explicable, pero jurídicamente intolerable, cambio de paradigma de ser garante de un derecho penal limitado y controlado a demandante de un poder penal absoluto”⁴¹.

También se pueden enunciar otras críticas como *la intromisión en la esfera del poder legislativo y del poder constituyente, del poder judicial y del poder ejecutivo*⁴².

Respecto de las críticas a la presunta intromisión en el Derecho Penal Internacional, vale la pena tener en cuenta las distintas justificaciones que ha dado la Corte IDH en casos como el de Cepeda Vargas⁴³, en donde dijo que la calificación que le daban a conductas como de lesa humanidad no pretendía determinar responsabilidad personal sino delimitar el alcance de la responsabilidad internacional.⁴⁴

2.1.2. Reconocimiento de conductas como de *ius cogens*

En ese sentido, sin perjuicio de los fallos que efectivamente resguardan las garantías de los ciudadanos,⁴⁵ la Corte Interamericana, en algunas ocasiones, ha interpretado extensivamente la Convención Interamericana. Sobre todo, vale destacar la incidencia en los sistemas penales nacionales, por ejemplo, respecto del principio de legalidad penal⁴⁶, o frente a la calificación de normas como de *Ius Cogens*⁴⁷.

⁴¹ PASTOR, DANIEL. (Supra nota 30), pp. 283.

⁴² MALARINO (Supra nota 32) pp. 59 y ss.

⁴³ Caso Manuel Cepeda Castro contra Colombia (Sentencia del 26 de mayo del 2010).

⁴⁴ Al respecto, véase el completo análisis de Parra Vera, PARRA VERA, OSCAR. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. En: Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, No. 1, Año 13, Diciembre de 2012, pp.12 y 13, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a13n1.html

⁴⁵ En materia penal, se puede destacar la sentencia del caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú (Sentencia del 25 de noviembre del 2006), las múltiples sentencias que velan por los derechos de las personas privadas de la libertad, o la gran protección que se le ha dado a las comunidades indígenas, entre tantos fallos importantes

⁴⁶ De forma crítica respecto de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos, véase GÚZMAN DALBORA, JOSÉ LUIS. “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: AMBOS, KAI. MALARINO, EZEQUIEL (Editores). *Sistema*

Sin perjuicio de sus antecedentes⁴⁸, se afirma que la primera vez que se presentó ante la Comisión de Derecho Internacional el concepto de *Ius Cogens* (con esa denominación) fue en los informes de Fitzmaurice de 1956⁴⁹.

Actualmente, la principal fuente normativa del concepto de *ius cogens* es la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados, el cual define en el artículo 53, al decir que:

Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Teniendo en claro el anterior concepto, creo que resulta muy discutible la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para reconocer cuándo se está en presencia de una norma de *ius cogens*, ya sea por su carácter

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional con informes de América Latina, Alemania y España. Bogotá: Editorial Temis, Georg August Universität-Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 171 y ss; de forma contraria, explicando una justificación del por que es valida la interpretación que le ha dado la Corte IDH al principio de legalidad, ERRANDONEA, JORGE. Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el ejemplo de Uruguay. En: Revista Aportes. Fundación para el Debido Proceso. No. 18, año 6, diciembre del 2013, disponible en: http://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/Garantias_procesales_y_obligacion_de_investigar.pdf

⁴⁷ Con una compilación interesante de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al *ius cogens*, véase: ABELLO GALVIS, RICARDO. “La corte Interamericana de Derechos Humanos y el *Ius Cogens*”. En: AA.VV., *Questiones Disputatae*, Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2013, pp. 11 y ss.; respecto del test de Suy y los Derechos Humanos como normas imperativas, véase GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO. *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 167 y ss.; QUISPE REMÓN, FLORABEL. “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano, su relación con el debido proceso”. En: *Revista de Derecho*, Barranquilla: No. 34, 2010, pp. 42 y ss.

⁴⁸ Como por ejemplo los esfuerzos de Sir. H. Lauterpacht. Respecto a los antecedentes, véase VARÓN MEJÍA, ANTONIO. (Infra nota 47), pp. 211 y ss.

⁴⁹ VARÓN MEJÍA, ANTONIO. “Orden público internacional y normas *ius cogens*: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”. En: *Diálogos de Saberes: investigación y ciencias sociales*, No. 32, 2010, p. 217.

regional⁵⁰, por la falta de fundamento empírico que muestre el verdadero uso uniforme, por ser otro tribunal internacional el llamado a reconocer dicha norma, como lo puede ser la Corte Internacional de Justicia. Cosa distinta, aunque igualmente discutible, podría ser que la Corte Interamericana delimitara claramente la concurrencia de estas características únicamente en el territorio de su competencia, es decir el territorio de los países firmantes de la convención.

La Corte Constitucional Colombiana, ha aceptado y ha aplicado el concepto de norma de *ius cogens*, sin perjuicio de los varios pronunciamientos al respecto, en la sentencia C-225 de 1995, que sirve de referente en el tema.

2. 2. Jurisprudencia vs. Convención: reflexiones respecto de la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos

2.2.1. Reconstrucción de la doctrina de la Corte Interamericana de DDHH respecto a la obligación de investigar graves violaciones de DDHH

El análisis anteriormente hecho es importante, puesto que como argumentaremos a continuación, repercute al analizar la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos.

La Corte Interamericana ya se ha manifestado frente a la obligación de investigar en varias oportunidades⁵¹.

Se debe afirmar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se enmarca en dos posiciones principales, la primera referente a la doctrina planteada en el

⁵⁰ Siendo necesario diferenciar entre el *Ius Cogens* y el Derecho Consuetudinario Regional. La costumbre regional ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia en sentencias como, *Asylum case*, ICJ Reports 1950 y *Rights of Passage over Indian Territory case*, ICJ Reports 1960, destacando que como afirma Buss, dicha costumbre puede basarse en otros criterios distintos al geográfico, como los étnicos, económicos o religiosos. BUSS, ANDREAS. *The Preah Vihear Case and Regional Customary Law*. En: *Chinese Journal of International Law*, Oxford: volumen 9, 1, 2010, p. 119.

⁵¹ Se destacan los casos *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (Sentencia de 1988), *Durand y Ugarte contra Perú* (Sentencia del 2000), *Barrios Altos contra Perú* (Sentencia del 2001), *Myrna Mack Chang contra Guatemala* (Sentencia del 2003), *19 Comerciantes contra Colombia* (Sentencia del 2004), *Hermanas Serrano Cruz contra el Salvador* (Sentencia del 2005), *Pueblo Bello contra Colombia* (Sentencia del 2005), *Masacre de Ituango contra Colombia* (Sentencia del 2006), *Masacre de la Rochela contra Colombia* (Sentencia del 2007), *Tiu Tojin contra Guatemala* (Sentencia del 2008), *Masacre de las Dos Erres contra Guatemala* (Sentencia del 2009), *Gómez Lund y otro contra Brasil* (Sentencia del 2010), *Contreras y otros contra el Salvador* (Sentencia del 2001), *Masacre del Río Negro contra Guatemala* (Sentencia del 2012), *Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador* (Sentencia del 2012), *Masacre de Santo Domingo contra Colombia* (Sentencia del 2012) y recientemente *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica contra Colombia* (Sentencia del 2013).

caso Barrios Altos contra Perú, que propone la investigación penal de la totalidad de los hechos constitutivos de delitos y graves violaciones de los Derechos Humanos, recordando que se enmarca en una época en la que se analizaron transiciones de dictaduras a democracias. La segunda posición, que lamentablemente todavía no cuenta con mayoría, es la surgida en la sentencia de la Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador, específicamente en el voto del Juez García Sayán, en donde al reconocer la ponderación de la justicia y la paz, da la oportunidad de aplicar criterios de selección y priorización⁵². Un voto concurrente como el del Juez García Sayán, firmado por cinco jueces, es la muestra de la falta de consensos al respecto y lo vivo en que se encuentra el debate, y, puede ser el germen para un futuro cambio de jurisprudencia. Un voto particular puede ser el inicio del cambio de una doctrina jurisprudencial, recordando que el cambio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana puede darse por la valoración de situaciones concretas⁵³.

De la misma forma, se debe poner de presente, que no es sinónimo proceso penal o pena a pena privativa de la libertad, puesto que la consecuencia jurídica de un proceso penal puede variar entre múltiples opciones que contienen los sistemas positivos nacionales, y dicho argumento no es claro en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La Corte interamericana, y la mayoría de la doctrina⁵⁴, insisten en que las investigaciones deben ser penales⁵⁵, puesto que el deber de persecución derivado del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos

⁵² Este criterio, debe ser entendido como una necesidad para el cumplimiento de las obligaciones internacionales, puesto que en un país como Colombia, no está en la capacidad de investigar eficazmente todos los hechos, y siendo una obligación de medios, sería ilógico que se llamara a lo imposible, generando así real impunidad al abrir infinito número de procesos que no se estará en la capacidad de que prosperen.

⁵³ MALARINO, EZEQUIEL. (Supra nota 32), p. 287; En el tema en concreto se puede resaltar la siguiente afirmación de García Sayán: “No hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión [de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional], pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta”. Voto concurrente del Juez García Sayán, Caso Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador (Sentencia del 2012), párr. 21.

⁵⁴ Con abundante referencia tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, véase AMBOS, KAI. “El marco jurídico de la justicia de transición”. En: AMBOS, KAI. MALARINO, EZEQUIEL. ELSNER, GRISELA. *Justicia de Transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Uruguay: Georg August Universität Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 37

⁵⁵ Como acertadamente dice Pastor, “se ha formulado así una política criminal extrema según la cual en materia de graves violaciones de los derechos humanos son ilegítimas todas las opciones a la condenación penal” PASTOR, DANIEL. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Atelior libros jurídicos, Barcelona, 200 PASTOR, DANIEL. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelior libros jurídicos, 2006, p. 75.

así lo exige. Esta postura no es del todo correcta, ya que como pone de presente Ambos “(...) los derechos pueden también ser ‘garantizados’ a través de otros mecanismos y tales mecanismos pueden construir ‘recursos’ en el significado de estas disposiciones”⁵⁶, resultando de facto un derecho penal de una sola *ratio*⁵⁷, que abandona el principio de *última ratio*⁵⁸.

La Corte Interamericana afirma que dicha obligación hace parte de las obligaciones impuestas por el artículo 1.1. de la Convención Interamericana, entre las que destaca la obligación de respeto, la de protección y la de garantía.

La Corte, además deduce que de esta última obligación de garantía, emanan las de prevención de futuras violaciones, la tutela efectiva y el deber de investigar graves violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

2.2.2. Consideraciones críticas

Sin embargo, en el texto de la Convención no es tan evidente que dicho instrumento internacional incluya tales obligaciones, y mucho menos que dentro de las finalidades que pensaron los países firmantes estuviese todo este articulado de deberes (debiendo enfatizar en la ausencia expresa de que todas las investigaciones deban ser de carácter penal o judicial). Así lo deja ver el artículo 1.1 de la Convención Interamericana:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

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

De la lectura de dicha norma, no es claro de dónde emanan las obligaciones anteriormente mencionadas, a pesar de que la Corte Interamericana en su

⁵⁶ AMBOS, KAI. (Supra nota 54), p. 38.

⁵⁷ Explicando la problemática de manera muy convincente, véase PASTOR, DANIEL. (Supra nota 55), pp. 129 y ss.

⁵⁸ Este principio de *última ratio*, tiene que tener gran importancia no solo en el derecho nacional sino que también trasciende en el derecho penal internacional, véase GIL GIL, ALICIA. *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 39.

jurisprudencia sí la evidencia⁵⁹, de lo que se puede concluir que terminan siendo obligaciones de creación jurisprudencial y no convencional *strictu sensu* y que el activismo judicial, supera la interpretación normativa de la norma, se convierte en un creador de obligaciones internacionales⁶⁰.

En nuestra opinión, la Corte Interamericana se determina por el mandato de la Convención Interamericana y, por ende, debe tener en cuenta que su mandato de fuentes se reduce a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, según el artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶¹. En el momento en que se abandone la Convención, se deja un modelo de *interpretación auténtica*, y se asume una *interpretación tergiversada* de la Convención⁶², lo cual puede suceder por medio de asunción de tesis como la del activismo judicial que presupone la creación de derecho por parte de los jueces.⁶³

A pesar de lo anterior, otra corriente podría considerar válido el remitirse al sistema de fuentes del derecho internacional público para poder determinar si las decisiones jurisprudenciales pueden prevalecer sobre la convención firmada.

Y al respecto, como afirma Shaw, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia “debe ser utilizada como un recurso

⁵⁹ Se destacan los casos: Velásquez Rodríguez contra Honduras (Sentencia de 1988), Durand y Ugarte contra Perú (Sentencia del 2000), Barrios Altos contra Perú (Sentencia del 2001), Myrna Mack Chang contra Guatemala (Sentencia del 2003), 19 Comerciantes contra Colombia (Sentencia del 2004), Hermanas Serrano Cruz contra el Salvador (Sentencia del 2005), Pueblo Bello contra Colombia (Sentencia del 2005), Masacre de Ituango contra Colombia (Sentencia del 2006), Masacre de la Rochela contra Colombia (Sentencia del 2007), Tiu Tojin contra Guatemala (Sentencia del 2008), Masacre de las Dos Erres contra Guatemala (Sentencia del 2009), Gómez Lund y otro contra Brasil (Sentencia del 2010), Contreras y otros contra el Salvador (Sentencia del 2001), Masacre del Río Negro contra Guatemala (Sentencia del 2012), Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador (Sentencia del 2012), Masacre de Santo Domingo contra Colombia (Sentencia del 2012) y recientemente Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica contra Colombia (Sentencia del 2013).

⁶⁰ En derecho penal interno, doctrinantes como Fiandaca, ven estas corrientes como benéficas, FIANDACA, GIOVANNI. *El Derecho Penal entre la ley y el juez*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 47 ss.

⁶¹ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”. Disponible en: http://www.oas.org/xxxiiiga/espanol/documentos/cortedh_estatuto_files/Basicos11.htm

⁶² Definiendo y explicando estos conceptos, MALARINO, EZEQUIEL (supra nota 32), pp. 39.

⁶³ Al respecto véase, MALARINO, EZEQUIEL (supra nota 32), pp. 35 y ss.

subsidiario para la determinación de las normas de derecho y no como una fuente real de derecho”⁶⁴.

En este sentido no se podría crear una obligación que no tenga sustento en los instrumentos internacionales, en este caso concreto la Convención, puesto que podría ser una excepción a principios de derecho consuetudinario como el *pacta sunt servanda*⁶⁵, al no ser ese el texto que libremente firmó el Estado, por lo que podría pensarse en que no emanaría la obligatoriedad de su cumplimiento⁶⁶, a ello debe agregarse que la Convención Interamericana es un tratado de carácter multilateral y no un instrumento de carácter universal, por lo que la adopción del mismo se hizo por medio de la exteriorización expresa y formal de las voluntades de los países parte.

Es así que, en nuestro criterio, en los planteamientos positivos de la Convención Interamericana de Derecho Humanos, discrepan del mandato de la norma positiva, por lo que creemos que tiene razón Malarino al afirmar que en algunos casos: “(...) la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes (...), intensificó el valor de su jurisprudencia (...)”⁶⁷. Finalmente no se puede dejar a un lado que se han planteado otras críticas al desarrollo de la obligación de investigar.⁶⁸

⁶⁴ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: “(...) to be utilised as subsidiary means for the determination of rules of law rather than as an actual source of law (...)”, SHAW, MALCOLM N. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2008 (Sixth Edition), p. 109.

⁶⁵ “**Artículo 26: Pacta sunt servanda.** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁶⁶ “La obligatoriedad del tratado se basa en el principio de derecho internacional consuetudinario que dice que dichos acuerdos son vinculantes (*pacta sunt servanda*)”, la anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: “(...) the obligatory nature of treatise is founded upon the customary international law principle that agreements are binding (*pacta sunt servanda*)(..)” SHAW, MALCOLM N. (Supra Nota 64), p. 94.

⁶⁷ MALARINO, EZEQUIEL. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: AMBOS, KAI. MALARINO, EZEQUIEL (Editores). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional con informes de América Latina, Alemania y España*. Bogotá: Editorial Temis, Georg August Universität-Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 28.

⁶⁸ Véase por ejemplo la enunciación en el pie de página 7 de ERRANDONEA, JORGE. “Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el ejemplo de Uruguay”. En: Revista Aportes. Fundación para el Debido Proceso. No. 18, año 6, diciembre del 2013, disponible en: http://www.observatorioluzibaburu.org/media/uploads/Garantias_procesales_y_obligacion_de_investigar.pdf

3. LAS AMNISTÍAS, EL DEBER DE INVESTIGAR Y SANCIONAR LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Se ha convertido en casi un dogma, el afirmar que las amnistías están prohibidas por el Derecho Internacional, y que por lo mismo son inadmisibles por cualquier ordenamiento interno. La anterior afirmación necesita ser analizada con más profundidad para que no quede en una mera conjetura.

En primer lugar, se debe distinguir entre amnistías e indultos⁶⁹, puesto que el primero hace referencia a la extinción de la acción penal y el segundo a la de la pena⁷⁰.

Respecto al tratamiento de los indultos, se debe compartir la afirmación de Ambos, al decir que “contrariamente a lo que ocurre con las amnistías, el indulto posibilita – en todo caso por su aplicación, de carácter constitucional, a los sentenciados (en firme)- un proceso penal con una sentencia definitiva y por tanto no impide en principio la investigación de la verdad; representando así una forma atenuada o menos grave de “impunidad” que la de la amnistía (...)”⁷¹, proponiendo una solución que modera la aplicación analógica de las normas que regulan la amnistía, consistente en que “entre más temprano intervenga el indulto en un proceso, más le serán aplicables los correspondientes límites de derecho internacional para la amnistía”⁷².

⁶⁹ A pesar de ser distintas, al no existir norma expresa, se le aplican de forma similar las reglas de la amnistía. AMBOS, KAI. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio Empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, DIKE, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional y Comisión Andina de Juristas, 1997, (1ª edición colombiana), p. 297.

⁷⁰ En este sentido, PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Justicia penal internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistías*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006, p. 65; la determinación de la existencia de responsabilidad penal no siempre tiene que ir de la mano con la pena, puesto que como afirmó Zaffaroni en su primera edición del Tratado: “El doble sentido de la expresión “punibilidad”. La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal cuya manifestación hemos caracterizado como “pena”. No obstante puede acontecer que al delito no le siga como consecuencia jurídica la coerción penal, porque el derecho determine que ella no debe operar en ese supuesto, pese a la existencia del delito. Se trata de un grupo de casos de excepción, en que la coerción penal carece de operatividad por razones que unas veces corresponden al derecho penal y otras se hallan fuera de él, en el campo del derecho procesal penal.” ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo V*. Buenos Aires: Ediar, 1983, p. 11.

⁷¹ AMBOS, KAI. (Supra nota 69), p. 297.

⁷² Ibid. p.298.

De la misma forma, se debe tener en cuenta que en la práctica han existido distintos tipos de amnistías⁷³, por ejemplo, utilizando la clasificación manejada por Ambos, amnistías absolutas, amnistías condicionadas sin Comisión de Verdad y Reconciliación, y amnistías con Comisión de Verdad y Reconciliación⁷⁴

Las amnistías, son decisiones estatales, las cuales se ven supeditadas a ciertos controles y estándares internacionales, por lo que de forma acertada afirma Perdomo Torres que, “[I]a decisión que tome un Estado de conceder amnistías por determinados delitos (en la mayoría de los Estados se permite amnistías sólo por delitos políticos) va a cumplir así una función específica y será aceptable desde la perspectiva del derecho internacional sólo cuando con ella no se persiga directamente la falta de punibilidad sino cuando este mecanismo sirva como instrumento para alcanzar un fin social supremo o un deber como la paz, la reconstrucción y reconciliación social, etc.”⁷⁵

Respecto a tratados multilaterales, solo hacen referencia específica al tema, el artículo 6(4) de la Convención internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 6(5) del Protocolo II de la Convención de Ginebra⁷⁶.

El artículo 6(4), dice: “4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos”. Y el 6(5), afirma que: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.”.

⁷³ Vale la pena ver el desarrollo de las amnistías en otros sistemas, como puede ser el tratamiento de los Tribunales Híbridos, véase WILLIAMS, SARAH. *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals, selected jurisdictional issue*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2012, pp. 348 y ss.

⁷⁴ AMBOS, KAI. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. Temis, Bogotá, 2008, pp. 144; utilizando la misma clasificación, OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Valencia: IIH y Tirant lo Blanch, 2011, pp. 73; de la misma forma debe tenerse en cuenta, que existen otros tipos de amnistías que no tienen relación para el estudio en concreto, como lo son “(...) las amnistías a favor de criminales comunes, las amnistías en ocasión de determinadas festividades, las llamadas amnistías correctivas usadas para revertir una injusticia” AMBOS, KAI. (Supra nota 54), pp. 33 y 34; Con una explicación detallada, de las amnistías tanto por auto favorecimiento, como por favorecimiento externo, véase AMBOS, KAI. (Supra nota 69), pp. 284 y ss.; analizando las distintas vías de confrontación jurídico penal del pasado, véase SANCINETTI, MARCELO A.. FERRANTE, MARCELO. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 43 y ss.

⁷⁵ PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. (Supra nota. 70), p. 72.

⁷⁶ Véase SCHABAS, WILLIAM. *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 177.

En materia de *soft law* (derecho blando), se encuentran varias referencias a las amnistías puesto que existen múltiples resoluciones de los distintos órganos burocráticos que poseen en la actualidad las organizaciones internacionales. Un ejemplo de esto es la consideración prohibitiva que expresa la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁷⁷, la cual no discutiremos en este momento, por considerar que el efecto de dichas recomendaciones no tiene la connotación y fuerza necesaria para ponderar respecto de tratados multilaterales o normas de derecho consuetudinario, por ser *soft law*⁷⁸.

A pesar de que la doctrina ha tratado de modificar el alcance del artículo 6(5), empezando por el mismo Comité Internacional de la Cruz Roja –ICRC-, al afirmar que el derecho consuetudinario excluye los crímenes más graves de la posibilidad de una amnistía, puesto que la uniformidad en su práctica lo ha vuelto regla general, el artículo originalmente firmado no incluye esos preceptos en el derecho positivo y, como se verá, la tesis del uso uniforme no tiene asidero empírico.

Frente a la reescritura de la Convención, se identifica como primer antecedente de este cambio, en 1995, en la reunión del “Humanitarian Liaison Working Group”, el cual es resumido y retomado por el texto que impone tan abrupto cambio, es decir, el estudio de “Customary International Humanitarian Law” que publica el ICRC, pero que estuvo a cargo de Jean-Marie Henckaerts y Louis Doswald Beck.

En la explicación, la excepción que se incluye, se justifica en parte con base en los DDHH, al sostener: “Los organismos de derechos humanos han señalado que las amnistías son incompatibles con el deber del Estado de investigar los crímenes de derecho internacional y las violaciones a la no derogables leyes de Derechos Humanos (...)”⁷⁹.

⁷⁷ “Estima también que no se debe conceder la amnistía a quienes hayan cometido violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, encarece a los Estados que tomen medidas conformes con las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional y acoge con satisfacción la supresión o la anulación de la amnistía y de otras clases de inmunidad o la renuncia a ellas, y reconoce también la conclusión del Secretario General de que los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca puedan prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad o por infracciones graves de los derechos humanos” ONU E/CN.4/RES/2005/81; este concepto es muy discutido, ya sea por su carácter no vinculante, o por estar dirigido a acuerdos de paz que necesiten aprobación de Naciones Unidas.

⁷⁸ De forma acertada, Malcom Shaw, afirma que: “the proposition of ‘soft law’ are important and influential but not themselves constitute legal norms”, SHAW, MALCOLM N. (Supra Nota 64), p. 118.

⁷⁹ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original, “Human rights bodies have stated that amnesties are incompatible with the duty of State to investigate crimes under international law and

Dicha justificación, no se limita al discurso de DDHH, sino que la retoma en la disertación de la no impunidad, al afirmar que: “El CICR señaló que, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios y el contexto actual, esta previsión normativa no podrá invocarse a favor de la impunidad de los autores de crímenes de guerra, ya que solo se aplica respecto de la persecución en las hostilidades”⁸⁰.

A su vez, respecto al criterio de uso generalizado se debe tener en cuenta, como bien dice Schabas, que en la práctica no hay uniformidad frente a la prohibición de las amnistías, al contrario si se tiene en cuenta el estudio de Mallinder, se evidencia empíricamente que en los últimos años se ha incrementado la aplicación de dicha figura⁸¹, por lo que según Schabas no se puede entender que sea una regla general que constituya derecho consuetudinario.⁸² De la misma forma se debe tener presente que la relación entre normas de derecho consuetudinario y tratados, es un tema que tiene bastantes discusiones y posiciones encontradas⁸³.

Vale destacar, que existen corrientes que a pesar de no referirse expresamente a las amnistías, implícitamente las consideran inviables⁸⁴, al creer que la investigación de hechos constitutivos de crímenes internacionales o graves violaciones a los DDHH es un deber internacional de carácter absoluto, lo cual es bien discutible al no haber uniformidad en el tipo de obligación, los crímenes y modalidades cubiertas, y los estados a los que cobijaría la obligación.

De nuevo se critica la concepción del derecho consuetudinario internacional, puesto que, como acertadamente dice Ambos: “(...) es difícil aducir una práctica de los Estados a este efecto, y el recurso a los últimos es pasible de

violations of non-derogable human rights law (...)”, en HENCKAERTS, JEAN MARIE. DOSWALD-BECK, LOUISE. *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*. Cambridge: ICRC, 2005, pp. 614.

⁸⁰ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: “The ICRC noted that, given ‘the preparatory works and the context, this provision could not be invoked in favor of impunity of war criminals, since it only applied to prosecution for the sole participation in hostilities”, en HENCKAERTS, JEAN MARIE. DOSWALD-BECK, LOUISE. *Customary International Humanitarian Law. Volume II: Practice, part 2*. Cambridge: ICRC, 2005, pp. 4043.

⁸¹ MALLINDER, LOUISE. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions, Bridging the Peace and Justice Divide*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

⁸² SCHABAS, WILLIAM. (Supra Nota 76), p. 181.

⁸³ Véase, BING JIA, BING. “The relations between Treaties and Custom”. En: *Chinese Journal Of International Law*, Oxford: Volumen 9, 1, 2010, pp. 81 y ss.

⁸⁴ Sobre los razonamientos que permiten deducir esta conclusión, AMBOS, KAI. (Supra nota 54), pp. 39.

crítica, dado que aparentemente quiere superar la falta de una práctica de los Estado o incluso un práctica contraria simplemente ignorándola”⁸⁵.

Como afirma Ambos, “ni los tratados en materia de derechos humanos de carácter universal, ni los de carácter especial, prohíben en forma explícita las amnistías (o indultos)”⁸⁶.

De forma contraria ha sido el desarrollo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o, por lo menos, respecto de la Comisión y la Corte Interamericana, ya que su jurisprudencia sigue estando, aunque cada vez con menos consenso (teniendo en cuenta el planteamiento de García Sayán en el voto concurrente del caso Mozote), en contra de las amnistías.

Con el fin de contextualizar al lector, es importante tener en cuenta los principales casos que en los que se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre amnistías⁸⁷ y la jurisprudencia más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se debe tener presente que la Corte Interamericana se ha manifestado respecto de las amnistías en concreto⁸⁸.

Todo lo anterior nos lleva de nuevo a pensar sobre la ponderación⁸⁹, puesto que al existir un conflicto entre normas internacionales no es tan fácil concluir

⁸⁵ AMBOS, KAI. (Supra nota 54), pp. 37; En este punto, vuelve a ser relevante la consideración de Orozco Abad señalada previamente: “Obsérvese, en concordancia con lo anterior, que, debido a sus altos costos, la justicia transicional como justicia internacional tiende a ser muy limitada. A lo sumo, adopta la forma de justicia penal. En cuanto a justicia doméstica encambijo, la justicia transicional está en mejores condiciones para penetrar de manera profunda en la sociedad, mediante el despliegue de una rica paleta de mecanismos que puede incluir, además de juicios penales, comisiones de la verdad, dispositivos administrativos de purga y de reparación y, con ello, programas ambiciosos para el restablecimiento y redistribución de los derechos de propiedad.” OROZCO ABAD, IVÁN. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2009, p. 150.

⁸⁶ AMBOS, KAI. (Supra nota 69), pp. 280 y 281.

⁸⁷ Véase al respecto, GONZÁLEZ MORALES, FELIPE. (Supra nota 29), pp. 268 y ss; Con un completo estudio, no solo referente al Sistema Interamericano, sino que incluye distintas manifestaciones del Derecho Internacional, véase MATEUS RUGELES, ANDREA. MARTÍNES VARGAS, JUAN RAMÓN. “Aproximación al tratamiento de la amnistía en el derecho internacional”. En: *Estudios Socio jurídicos*, vol. 11, no. 2, Bogotá, 2009, pp. 133 y ss.

⁸⁸ Barrios Altos contra Perú (Sentencia del 2001), Moiwana contra Surinam (Sentencia del 2005), Almonacidi contra Chile (Sentencia del 2006), Gómez Lund y otro contra Brasil (Sentencia del 2010) y Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador (Sentencia del 2012); analizando la evolución de la jurisprudencia, véase GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO. *Inter-American Judicial Constitutionalism, on the constitutional Rank of human rights treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José de Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 2011, pp.34 y ss.

⁸⁹ Explicando las tres etapas de la ponderación, véase ALEXY, ROBERT. “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”. En: HENAO, JUAN CARLOS. *Diálogos*

que alguna de las dos corrientes anula por completo a la otra, como lo plantea la CIDH, al no acoger el artículo 6(5), e imponer una prohibición absoluta para las graves violaciones de Derechos Humanos, puesto que como dice Schabas, "Si estos derechos están sujetos a limitaciones razonables, ¿por qué, entonces, los derecho a la reparación y remedio no están sujetos a dicha limitación?"⁹⁰.

Algunos sectores consideran pertinente la aplicación de amnistías⁹¹, concepto que nos parece, en su vertiente de amnistía absoluta, inviable, pero viable en su vertiente condicionada.⁹²

Lo anterior porque se debe evitar un desprestigio de seres humanos que al no ser incluidos por el derecho sean tratados como enemigos. Como señala Zaffaroni: "(...) el esfuerzo internacional para someter al criminal a un proceso se legitima porque lo rescata del estado de *hostis*⁹³, ratificando que

constitucionales de Colombia con el mundo, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional de la República de Colombia y Universidad Externado de Colombia, 2013, pp53 y ss.

⁹⁰ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original: "if these rights are subject to reasonable limitations, why then are the rights to reparation and remedy also no subject to limitation?", en SCHABAS, WILLIAM. (Supra Nota 76), p. 186

⁹¹ MALARINO, EZEQUIEL. (Supra nota 11), pp. 285 ss.; en el mismo sentido, Informe Final Comisión Asesora de Política criminal; de forma contraria, afirma De Greiff: "La necesidad de preservar este denso entramado de interrelaciones entre las diferentes medidas de justicia transicional impone un límite a la posibilidad de 'negociar' unas medidas a favor de otras. Más allá de las obligaciones legales internacionales que establecen esta misma prohibición, la concepción misma de justicia transicional veta la posibilidad de que un Gobierno alegue por ejemplo, que puede ser débil en términos de justicia penal porque será 'generoso' en términos de reparaciones" DE GREIFF, PABLO. "La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia". En: AA.VV. *El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Bogotá: Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE y Centro internacional para la Justicia Transicional, 2008, pp. 28; debiendo aclarar que la posición mayoritaria, en nuestro criterio erradamente, defiende a ultranza la imposibilidad de aplicación de cualquier tipo de amnistías o indultos; Para poder hacer un análisis crítico de esta última corriente, se debe tener en cuenta que como afirma PERDOMO TORRES: "(...) no se debe confundir la competencia del tribunal para el juzgamiento de determinados delitos y la improcedencia de un proceso de amnistía", PERDOMO TORRES. JORGE FERNANDO. *Justicia penal internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistías*. Editorial Jurídica Grijley. 2006, Lima, pp. 67; Explicando detalladamente la posición que se opone absolutamente a las amnistías absolutas, véase AMBOS, KAI. (Supra nota 28), pp. 63 y ss.

⁹² Se puede deducir que recientemente el juez García Sayán de la Corte Interamericana asume una postura, a pesar de no ser tan amplia como la que creemos que debería ser, que admite parcialmente las amnistías condicionadas, al permitir la ponderación de principios, véase Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador (Sentencia del 2012) Voto Concurrente del Juez García Sayán.

⁹³ Frente a este término, vale la pena tener en cuenta la siguiente afirmación de Zaffaroni: "estos pretextos ocultan una regresión civilizatoria pues, de hecho, se vuelve a la declaración de *hostis* romana que priva al sujeto de la condición de persona, de miembro de la comunidad humana, lo que sin duda es una versión extrema del derecho penal del enemigo" ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010, pp. 37 y 38.

para el derecho sigue siendo persona, pese a la magnitud formidable del crimen cometido.”⁹⁴.

Lo anterior no implica una postura de investigación penal a ultranza, por el contrario, nos parece evidente que si se aceptan las obligaciones internacionales (o más bien de las Cortes Internacionales) y lo expresado por la Corte Constitucional colombiana, lo exigible es una investigación, que tenga como consecuencia una pena, lo cual no puede implicar exclusivamente una pena de carácter privativo de la libertad, y más si se tiene en cuenta la especial protección que tiene el sistema penitenciario y carcelario, como se refiere más adelante en el punto 7, que propende por el uso restrictivo de la prisión y trata de diversas maneras de mejorar y dignificar, si es que en alguna forma se puede, la prisión.

Frente a las amnistías se debe decir que, siguiendo el razonamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Constitucional Colombiana, al propender por un criterio de especialidad del Derecho Internacional Humanitario frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en circunstancias fácticas de conflicto, resulta incomprensible e incoherente que se prefiera la aplicación a ultranza de la Convención Interamericana (o de la jurisprudencia de la Corte), sobre la disposición de la Convención de Ginebra, puesto que al tratar los dos instrumentos internacionales el tema en específico, se debería preferir la norma especial que regula los contextos de conflictos armados, la cual en su versión oficial permite las amnistías⁹⁵.

Es un poco curioso, que la sentencia se detenga a explicar minuciosamente varios temas de gran trascendencia, pero tome como dogma, o verdad absoluta, la interpretación del criterio de especialidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo una referencia de forma secundaria a la Corte Internacional de Justicia.

Es importante tener en cuenta, el desarrollo doctrinal que ha tenido esta controversial interrelación, puesto que su convivencia no ha sido pacífica, y ha generado distintas problemáticas⁹⁶.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 38.

⁹⁵ Vale tener en cuenta, que, como acertadamente referencia Kai Ambos, parte de la doctrina propone un límite a la aplicación de dicha amnistía basada en que los delitos amnistiados “se hubieran cometido como consecuencia necesaria del conflicto”, AMBOS, KAI. (Supra nota 69), p. 282.

⁹⁶ Mostrando tanto la diferencia de posiciones que existe en la materia entre la Comisión y la Corte Interamericana, como el desarrollo en la Corte Europea de Derechos Humanos, véase APONTE CARDONA.

La doctrina de la aplicación subsidiaria, propugna una aplicación en momentos distintos de cada uno de los derechos en discusión, puesto que propone funciones de especialidad y complementariedad entre ambos. Es decir, que en momentos de inaplicabilidad del DIH, se puede acudir a los DH, en virtud del llamado principio de humanidad⁹⁷, recobrando en este momento una gran connotación iusnaturalista de los derechos humanos.

De forma muy clara, explican Kolb y Hyde, que:

Mientras que el DIH es solamente aplicable en situaciones de conflicto armado, los DDHH son aplicables en todas las situaciones, ya sea de paz o de guerra. Por lo tanto, el derecho internacional humanitario (DIH) no se aplica, por ejemplo, en situaciones de disturbios y tensiones interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia, o ataques terroristas. Sin embargo, los DDHH si se aplican a este tipo de situaciones. En esas circunstancias, los DDHH son una norma subsidiaria, que llena el ‘vacío’ que deja la inaplicabilidad del DIH⁹⁸

La doctrina de la referencia interpretativa, o también llamada ‘renvoi’, es una técnica de interpretación que permite el mejor entendimiento e interpretación de conceptos que pueden estar más desarrollados por la otra normatividad⁹⁹ o ¿sus órganos de aplicación?¹⁰⁰.

ALEJANDRO. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática. En: APONTE CARDONA ALEJANDRO. *Derecho Penal Internacional, textos escogidos, volumen II*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2014, pp. 445 y ss.

⁹⁷ Véase al respecto, la llamada cláusula Martens, citada por KOLB, ROBERT. HYDE, RICHARD. *An introduction to the international law of armed conflicts*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 270.

⁹⁸ La anterior traducción es libre, por lo que me permito citar el original, “*whilst the LOAC is only applicable during situations of armed conflict, IHL is applicable in all situations, whether peace or war. Thus, international humanitarian law (IHL) does not apply, for example, during situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence, or terrorist attacks. However, IHL will apply to such situations. In these circumstances, IHL formulates a subsidiary rule, which fills the ‘gap’ in protection left open by the inapplicability of the LOAC.*”, véase también, la llamada cláusula Martens, citada por *ibíd.*, p. 270.

⁹⁹ Véase al respecto, *ibíd.*, pp. 271 y ss.

¹⁰⁰ Este punto dependerá del contexto de aplicación, puesto que el sistema de fuentes cambiara según la jurisdicción en la que se trate el caso.

La llamada doctrina “merger”¹⁰¹, la cual de forma resumida, propone la aplicación de los DDHH, también en momentos de conflicto, lo cual lleva a extender su momento de aplicación y a generar una vigencia y aplicación simultánea.

Una clasificación más clásica al respecto, es la que diferencia entre integracionistas, separatistas y complementaristas, la cual explica claramente Estrada González:

- **La tesis integracionista**, (...) Para sus partidarios, el derecho humanitario no es sino una parte de los derechos humanos; sin embargo, para otros la primacía cronológica del derecho internacional humanitario –como un cuerpo de reglas internacionales que protegen al individuo- sobre los derechos humanos demuestra que el derecho internacional humanitario tomado en sentido amplio, es la base de los derechos humanos.

- **La tesis separatista**, que se basa en la idea de que se trata de dos ramas del derecho totalmente diferentes y que toda contigüidad entre ellas puede provocar una nefasta confusión para su respectiva aplicación. Acentúa la diferencia entre las finalidades de los sistemas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el primero, que protege al individuo contra lo arbitrario del propio orden jurídico interno, y el segundo, que lo protege en situaciones en que el orden nacional ya no puede brindarle una protección eficaz, cuando dicho individuo es víctima de un conflicto armado.

- **La tesis complementarista**, que consiste en afirmar que los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son dos sistemas distintos que se complementan. El derecho internacional humanitario está integrado por el derecho de La Haya (...), y por el derecho de Ginebra (...). En cuanto a la “legislación internacional” de los derechos humanos –puesto que se trata de un conjunto de reglas que rigen los derechos que cada ser humano puede reivindicar en la sociedad-”¹⁰²(subrayado fuera del texto original).

¹⁰¹ Véase al respecto, la llamada cláusula Martens, citada por ibíd., pp. 271 y 272.

¹⁰² ESTRADA GONZÁLEZ, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *El derecho de Ginebra frente a los conflictos armados sin carácter internacional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 25 y 26.

Lo anterior demuestra que no hay consenso en el uso del criterio de especialidad adoptado por la Corte Constitucional, y que se requiere una especial valoración en el punto que permita evidenciar una aplicación coherente de un pensamiento determinado, puesto que no puede utilizarse el criterio de especialidad discrecionalmente sólo respecto de ciertas tensiones normativas.

La Corte constitucional Colombiana, en la sentencia C-579 de 2013, afirma lo siguiente:

*De esta manera, en casos de **terminación** de conflicto armado las violaciones de los derechos humanos se subsumen en las infracciones al Derecho Internacional Humanitario y por ello el deber de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos se puede concretar a través de la investigación, el juzgamiento y la sanción de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra¹⁰³.*

Frente a dicha afirmación, se quiere dejar presente que a pesar de compartir la primera parte de la afirmación, se encuentra que la conclusión a la que llega la Corte Constitucional, según nuestra opinión, es de nuevo errada, pues confunde la subsunción de los Derechos Humanos en el DIH¹⁰⁴ en casos concretos, con la investigación de varios crímenes internacionales, algunos con elementos contextuales que incluyen la remisión obligatoria al DIH, como es el caso de los crímenes de guerra¹⁰⁵, pero otros, como los delitos de lesa humanidad¹⁰⁶, no hacen referencia al contexto de un conflicto armado¹⁰⁷, por

¹⁰³ Sentencia C 579 DE 2013, p. 255.

¹⁰⁴ Debe tenerse en cuenta que la Corte debe tener en cuenta que existe gran desarrollo doctrinal sobre la forma de implementación del DIH en el derecho interno, véase SALMÓN, ELIZABETH. *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*. Lima: Palestra, 2007, pp.29 y ss.

¹⁰⁵ AMBOS, KAI. *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 117 y ss.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pp. 46 y ss.

¹⁰⁷ El Estatuto de Roma elimino la necesidad del conflicto armado, que previamente se había exigido, para ver su evolución, AMBOS, KAI. “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”. En: Sadat (ed.), *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed.. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 279 y ss; AMBOS, KAI. *Treatise of international Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. Croydon: Oxford University Press, 2014, pp. 46 y ss; BASSIOUNI, M. CHERIF. *Crimes Against Humanity, Historical evolution and contemporary application*. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 1 y ss; Frente a la estructura del elemento contextual antes del Estatuto de Roma, véase CHARLES RUSELL, CAMERON. “The Chapeau of crimes against humanity, the impact of the Rome Statue of the International Criminal Court”. En: *Eyes on the ICC*, No. 8, 25, 2011-2012, pp. 28 y ss, disponible en: <http://heinonline.org>; WOLFGÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN. “El elemento contextual del crimen de

lo que en principio no es tan clara la deducción de subsunción que sostiene la Corte, la cual desconoce el tratamiento de fenómenos como el de concursos entre crímenes internacionales¹⁰⁸.

A su vez, se debe tener en cuenta que muchas graves violaciones de derechos humanos no constituyen crimen internacional –entiéndase *core crimes*¹⁰⁹–, ya que cada sistema tiene una jurisdicción distinta, que busca tipos de responsabilidades diversas. Mientras que el sistema interamericano de derechos humanos debería encargarse de la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos, a la Corte Penal Internacional le corresponde el análisis de la responsabilidad personal por la presunta comisión de crímenes internacionales.

Y aquí queda planteada la inquietud de otras variantes que se relacionarían directamente con el tema, como la tensión que puede generar la amnistía respecto de crímenes no internacionales¹¹⁰, que tienen otros tratados de cooperación internacional vigentes, como lo puede ser la extradición en materia de narcotráfico, o la criticable utilización de criterios indeterminados

lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional”. En: BOEGLIN, NICOLÁS et al. (Editores). *La Corte Penal Internacional una perspectiva Latinoamericana*. San José: University for Peace et al., 2012, pp. 2 y ss, disponible en: <https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/La%20Corte%20Penal%20Internacional-Una%20perspectiva%20latinoamericana.pdf>

¹⁰⁸ Es muy importante este tema, puesto que la evolución de dicho fenómeno ha variado bastante respecto de la aplicación tradicional, debido a la combinación de las dos tradiciones jurídicas. Acerca de los concursos entre crímenes internacional véase, WERLE, GERHARD. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, (2 edición), pp. 393 y ss, 454 y ss, pp. 537 y ss., pp. 729 y ss; relevante también la Sentencia de Confirmación de Cargos contra Jean Pierre Bemba, y el test de Celebici aplicado en los tribunales Ad-Hoc; con una propuesta dogmática y limitadora de la teoría de los concurso en el Derecho Penal Internacional, véase, AMBOS, KAI. (Supra nota 105), pp. 246 y ss.; De igual manera, frente al concurso de delitos en derecho penal internacional, WAR CRIMES RESEARCH OFFICE. *The practice of Accumulative Charging at the International Criminal Court*. U.S.A.: Washington College of Law, 2010; de forma muy clara, explicando la concurrencia de las tradiciones jurídicas en el Derecho Penal Internacional, véase MATUS, JEAN PIERRE. *La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos y Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008. Respecto a la comparación de los sistemas comparados del Comon Law y el Civil Law, véase BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2011; analizando distintas realidades nacionales, véase JON HELLER, KEVIN. DUBBER, MARKUS D. *The Hand Book of Comparative Criminal Law*. California: Stanford University Press, 2011; BERNATE OCHOA, FRANCISCO. *El sistema penal del Common Law: Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.

¹⁰⁹ Véase GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS AUGUSTO. “Doble subsunción, crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad. Especial referencia al caso colombiano”. En: Cuadernos de Derecho Penal, No. 10, 2014.

¹¹⁰ *Ibíd.*

como la figura de *graves violaciones de derechos humanos*¹¹¹, la cual no contiene por el momento un estándar claro y concreto sobre las conductas que pueden llegar a subsumirse en esta categoría, y tampoco se evidencia un fundamento positivo en este estándar de gravedad. A su vez, se debe analizar con mucho detenimiento las posibles limitantes de derecho interno respecto de determinadas amnistías y las respectivas reformas o derogatorias legales que necesitarían realizarse, teniendo en cuenta que deben primar principios constitucionales como la paz. Finalmente se debe dejar planteada la posibilidad de debatir, repensar y discutir si realmente se limitan de lleno toda amnistía respecto de crímenes internacionales y graves violaciones derechos humanos, o se pueden tener en cuenta otros criterios distintos o convergentes para determinar la procedencia de una amnistía.¹¹²

Finalmente se reitera que no se encontró una prohibición normativa concreta en el Sistema Interamericano de DDHH y en el Sistema Universal de DDHH¹¹³ respecto de las amnistías condicionadas y que el marco normativo del DIH propende por la aceptación de las amnistías

4. IMPUNIDAD

El discurso de la conciencia humanitaria¹¹⁴, es muy convincente y atractivo, pues con un carácter punitivista, muestra que la única solución en estos casos es el extremo derecho penal, por lo que acertadamente afirma Pastor: “se ha

¹¹¹ Al respecto, véase la crítica del pie de página 2 de ERRANDONEA, JORGE. “Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el ejemplo de Uruguay”. En: Revista Aportes. Fundación para el Debido Proceso. No. 18, año 6, diciembre del 2013, disponible en: http://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/Garantias_procesales_y_obligacion_de_investigar.pdf

¹¹² Aclarando que la adopción o discusión de este tema y de criterios concretos necesita de un análisis más profundo y específico que el que se está realizando en el presente estudio. Se pueden y discutir criterios al respecto, como los propuestos en los principios de Belfast y en el estudio anexo de Mallinder, AAVV. The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Belfast: Transitional Justice Institute at the University of Ulster, 2013.; A su vez se puede tener en cuenta la ponderación y el alcance dado por el juez García Sayán en el Voto Concurrente del caso Masacre de Mozote y Lugares Aledaños contra el Salvador (Sentencia del 2012).

¹¹³ De forma más amplia, incluyendo todo el derecho internacional público (situación que no negamos o afirmamos, sino que consideramos que necesita un estudio más amplio al realizado en el presente estudio que permita llegar a esa conclusión), Voto Concurrente de García Sayán párr. 17.

¹¹⁴ Terminología utilizada por Orozco Abad, de forma muy completa explicando la evolución del discurso de los derechos humanos, véase OROZCO ABAD, IVÁN. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria, dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2005, pp. 318 y ss.; La Corte Interamericana, en voto concurrente del juez Cañado Trindade, ha utilizado un concepto similar, que ha denominado *conciencia jurídica universal*, véase la el caso Barrios Altos contra Perú (voto concurrente del juez Cañado Trindade en la sentencia del 14 de marzo del 2001), párrafo 26; de forma crítica, véase MALARINO, EZEQUIEL (supra nota 32), pp. 38 y ss.

formulado así una política criminal extrema según la cual en materia de graves violaciones de los derechos humanos son ilegítimas todas las opciones a la condenación penal”¹¹⁵, generando de esta manera un derecho penal de única *ratio*¹¹⁶.

Su primera herramienta, es la abolición de esa indeseada y aborrecida impunidad, lo cual en principio es más que convincente, pero al mirar más a fondo, se evidencia que ese concepto de impunidad es incierto y a la vez omnipotente, ya que sirve para descartar cualquier argumento sin necesidad de justificarlo, convirtiéndolo casi en una norma imperativa que desconoce su carácter de “(...) fenómeno de dimensiones legales, sociales, culturales, psicológicas y hasta económicas”¹¹⁷.

Múltiples columnas de opinión, hacen referencia al fenómeno de impunidad¹¹⁸, lo cual obliga a contextualizar qué connotación puede tener la definición de dicho fenómeno.

Todo esto nos lleva a buscar, una definición de impunidad¹¹⁹, encontrando aproximaciones como la de Ambos, quien afirma que “en términos generales, se puede definir impunidad como “no punibilidad” o “ausencia de castigo” (...)”¹²⁰, cuyo fenómeno tiene tanto una variante normativa, impunidad normativa, como una variante fáctica, impunidad fáctica¹²¹.

Respecto de instrumentos internacionales, encontramos: la resolución de Naciones Unidas en torno a los principios internacionales contra la

¹¹⁵ PASTOR, DANIEL. PASTOR, DANIEL, (Supra nota 55), p. 75.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 129.

¹¹⁷ AMBOS, KAI. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*; Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, (Segunda edición), p. 33.

¹¹⁸ Como la del reconocido académico Fernando Velásquez Velásquez, quien afirma que “(...) claman por la impunidad o cuasi impunidad de los gravísimos crímenes cometidos por los integrantes de los grupos alzados en armas que negocian en La Habana (...)” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. “‘Justicia transicional’ y sustitución de la Constitución. Periódico el Colombiano”, publicado el 15 de diciembre del 2013, y disponible en la página del Periódico el Colombiano, en:[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/justicia transicional y sustitucion de la constitucion.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/justicia%20transicional%20y%20sustitucion%20de%20la%20constitucion.asp), (15.03.2014); Haciendo una referencia muy interesante a los distintos usos que se le dan al término impunidad, véase REYES ALVARADO, YESID. “Impunidad”, publicado el 8 de mayo del 2014, y disponible en la página del Periódico El Espectador en: <http://www.elespectador.com/opinion/impunidad-columna-491252>

¹¹⁹ En este punto nos concentraremos en definiciones normativas, sin desconocer intentos empíricos que se han ocupado del tema, véase VINUALES, JORGE E.. *Impunity: Elements for an Empirical Concept*. En: *Law and Inequality*, No. 25, 2007.

¹²⁰ AMBOS, KAI. (Supra nota 117), p. 33.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 34.

impunidad¹²², las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos sobre impunidad¹²³, la resolución sobre el derecho a la verdad¹²⁴, las directrices de Joinet¹²⁵, el estudio de Orentlicher¹²⁶, entre otros instrumentos internacionales¹²⁷.

Dichos instrumentos traen distintas definiciones que a continuación nos permitimos traer a colación las más relevantes. Según la ONU E/CN.4/2005/102/Add.1:

(...) por impunidad se entiende 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 a 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.

La resolución ONU E/CN.4/RES/2005/81 dice que, “reafirmado el de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar o extraditar, de conformidad con las obligaciones que han adquirido en virtud del derecho internacional, a los responsables de todas las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito, incluidos el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, para ponerlos a disposición de la justicia, promover la transparencia, el respeto del derecho internacional y la justicia para las víctimas, desalentar la comisión de esos delitos y cumplir la obligación de los Estados de proteger a todas las personas contra esa clase de delitos”.

El informe de Orentlicher del 2005, ONU E/CN.4/2005/102, afirma que:

En el texto actualizado se conserva la definición de impunidad según se utiliza en los principios. Esta definición debe interpretarse a la luz del primer párrafo del principio 18/principio actualizado 1,

¹²² ONU E/CN.4/2005/102/Add.1

¹²³ ONU E/CN.4/RES/2005/81; ONU E/CN.4/4RES/2004/72; ONU E/CN.4/RES/2003/72;

¹²⁴ ONU E/CN.4/RES/2005/66

¹²⁵ ONU E/CN.4/SUB.2/1997/20/Rev. 1

¹²⁶ ONU E/CN.4/2004/88 y ONU E/CN.4/2005/102

¹²⁷ Recopilando todas estas resoluciones, véase COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007.

donde se hace patente que los Estados deben adoptar una gama de medidas para luchar contra la impunidad.

De lo anterior se evidencia que ninguna de las referencias anteriormente hechas, define un concepto cerrado de impunidad que limite la aplicación de la pena a la modalidad de pena privativa de la libertad, por lo que es errado afirmar que cualquier aplicación de penas alternativas a las privativas de la libertad de carácter intramural, permita generar de facto impunidad. Dicha conclusión es una mera conjetura y no tiene respaldo en la definición del concepto de impunidad anteriormente expuesto.

Finalmente se debe reiterar que, si se tiene en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹²⁸ y de la Corte Interamericana¹²⁹ que propende por el uso restrictivo de la prisión, y trata de diversas maneras de mejorar y dignificar, en lo posible, la vida de las personas a quienes se les limita o priva el derecho fundamental de libertad de locomoción, la pena no puede ser exclusivamente de carácter privativa de la libertad.

5. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR GRAVES VIOLACIONES DE DDHH

Se vuelve imperativo, analizar someramente la justicia transicional¹³⁰, al ser el contexto en el que se plantea la aplicación de la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos dentro de la sentencia de la Corte Constitucional, que motiva el presente estudio.

No se profundizará en la conceptualización del término justicia¹³¹ transicional¹³², porque el presente capítulo se enfocará en lo relacionado con la

¹²⁸ Véase por ejemplo, la sentencia en el que se declara el estado de cosas inconstitucionales respecto de la situación carcelaria, sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional.

¹²⁹ Véase por ejemplo, el caso del Penal Castro Castro contra Argentina (sentencia del 25 de noviembre del 2006).

¹³⁰ Respecto a las modernas teorías y debates contemporáneos, véase BUCKLEY-ZISTEL; KOLOMA BECK, TERESA; BRAUN, CHRISTIAN; MIETH, FRIEDERIKE, MIETH. *Transitional Justice Theories*. New York: Routledge, 2014.

¹³¹ Proponiendo una concepción de justicia dentro de la justicia transicional, véase. ELSTER, JON. Rendición de cuentas, la justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz, 2006, pp. 99 y ss; conceptos ius naturalísticos o suprapositivos han legitimado la aplicación de leyes posteriores, acudiendo a criterios de justicia, como por ejemplo la utilización de la llamada fórmula de Radbruch, véase VASALLI, GUILIANO. *Fórmula de Radbruch y derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2014, pp. 1 y ss.

¹³² Con un completo análisis, véase SÁNCHEZ, NELSON CAMILO. IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, CATALINA. “La justicia transicional como categoría constitucional”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

ponderación de principios propios de la justicia transicional y la obligación de investigar graves violaciones de DDHH.

5.1. Contextualización

La justicia ordinaria contemporánea, presupone, por lo menos teóricamente, Estados de Derecho que tienen la capacidad de responder a las necesidades sociales¹³³, y reaccionar ante las violaciones de bienes jurídicos y Derechos Humanos, para evitar su transgresión, “retribuir” al agresor por su conducta, y evitar futuras violaciones o vulneraciones.

Según lo demuestran los estudios empíricos, eso no sucede en el caso colombiano, puesto que el conflicto armado debilita la presencia del Estado en muchas partes del país¹³⁴, llevando al Estado a acudir, más frecuentemente de lo esperado, a medidas teóricamente excepcionales.

¿Pero qué sucede, cuando hay sujetos, que voluntaria¹³⁵ o involuntariamente¹³⁶, terminan estando por fuera del derecho y hasta del

¹³³ Con una visión práctica y concreta de la situación real y contemporánea de la justicia en Colombia, véase DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra –CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, 2001.

¹³⁴ CASTILLO, CAMILO. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. RUBIANO, SEBASTIÁN. “Estado y territorio en las regiones: Estudio de casos”. En: Mauricio García Villegas (Director). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre, DeJuSticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008, pp. 49 y ss.

¹³⁵ Dicho término puede ser comprendido en dos vertientes, ya sea entendiendo a los sujetos que voluntariamente deciden alzarse en armas, como en el caso del enlistamiento de menores que diferencia la CPI del reclutamiento, (véase CPI/ICC, Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo, Judgment Pursuant to Article 74 of the Rome Statute, 14 March 2012, iccc-01/04/-01/06, Trial Chamber I, Párrafos 607 y 608; FORER, ANDREAS. “Dos aspectos de la sentencia en contra de Thomas Lubanga Dyilo: conflicto armado y reclutamiento forzado”. En: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá: No. 44, 2013, pp. 19 y ss.), o como llegan, en nuestro concepto erróneamente, alguno autores, a concebir que la exclusión de algunos sujetos, que en nuestro criterio siempre serán seres humanos y por lo tanto de competencia de regulación digna por parte de los estados, se autoexcluyen como enemigos de la sociedad lo cual legitima el trato diferenciado. Véase, POLAINO –ORTS, MIGUEL. *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Universidad de Huánuco y Grijley, 2009, p. 207. Dicha posición sobre la libertad, asumida por los alumnos de Jakobs, encuentra gran desarrollo en la actualidad en la propuesta del Profesor de Friburgo respecto de la asunción de la libertad institucionalizada fundamentada en Hegel, véase PAWLIK, MICHAEL. *La libertad Institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 51 y ss. Dicho concepto de libertad, no es una verdad absoluta en la actualidad, pues como afirman Sousa Santos y García Villegas “los valores de la modernidad –la libertad, la igualdad, la autonomía, la subjetividad, la justicia, la solidaridad- y las antinomias entre ellos permanecen, pero están sujetos a una creciente sobrecarga simbólica, o sea, significan cosas cada vez más dispares para personas o grupos sociales diferentes de tal

Estado, puesto que ni ellos reconocen al Estado ni sus normas, y el Estado tampoco vela por la protección de sus bienes jurídicos y derechos humanos al considerarlos por ejemplo terroristas¹³⁷ y a cambio genera un derecho políticamente de enemigo¹³⁸?

Se puede ver en la historia, que no siempre se ha estado en ese *statu quo* deseado¹³⁹, ya sea por dictaduras o por conflictos armados, tanto de carácter interno como internacional¹⁴⁰, lo cual ha llevado a que los estados acudan a medios, tanto judiciales¹⁴¹ como extrajudiciales¹⁴², para superar esos

modo que el exceso de sentido paraliza la eficacia de estos valores y, por lo tanto, los neutraliza” DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. (Supra nota 133), p. 20.

¹³⁶ Piénsese por ejemplo en el reclutamiento forzado tanto de menores como de mayores de edad. Sobre la modalidad del crimen internacional de reclutamiento de menores, véase CPI/ICC, Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo, Judgement Pursuant to Article 74 of the Rome Statute, 14 March 2012, icc-01/04/-01/06, Trial Chamber I, Párrafos 607 y 608; FORER, ANDREAS.(Supra nota 135), pp.18 y ss.

¹³⁷ JAKOBS, GÜNTHER. “¿Terroristas como personas en Derecho?”. En: MELIÁ, CANCIO. GÓMEZ-JARA, CARLOS. *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*, Volumen 1. Buenos Aires/ Montevideo: Edisofer, 2006, pp. 85 y ss.

¹³⁸ Frente a este último punto se deben destacar las formas de manifestación de dicho derecho penal político del enemigo, como la dramatización de la violencia, la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos, y la militarización de la función policial, Véase APONTE CARDONA, ALEJANDRO. *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2006, pp. 335 y ss.

¹³⁹ En el caso Colombiano se llega, hasta el punto de que algunos estudiosos, identifican una cultura del incumplimiento de las reglas, que en ese sentido no permiten la aplicabilidad real dichos parámetros de conducta, véase GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (Director). Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas. Bogotá: Siglo del Hombre y DeJuSticia, 2009; En el contexto del conflicto armado, se ha llegado a hablar de jueces sin estado, véase: GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. “Justicia con Estado”. En: Mauricio García Villegas (Director). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Siglo del Hombre*. Bogotá: DeJuSticia, Fundación Konrad Adenauer y The John Merck Fund, 2008.

¹⁴⁰ Respecto al tratamiento del concepto de conflicto armado en el DIH y su relación con los crímenes de guerra de DPI, véase AMBOS, KAI. *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 65 y ss.

¹⁴¹ De forma muy crítica a concepciones que limitan el debate a procesos judiciales, Orozco Abad afirma que: “(...) debido a sus altos costos, la justicia transicional como justicia internacional tiende a ser muy limitada. A lo sumo, adopta la forma de justicia penal. En cuanto a justicia doméstica en cambio, la justicia transicional está en mejores condiciones para penetrar de manera profunda en la sociedad, mediante el despliegue de una rica paleta de mecanismos que puede incluir, además de juicios penales, comisiones de la verdad, dispositivos administrativos de purga y de reparación y, con ello, programas ambiciosos para el restablecimiento y redistribución de los derechos de propiedad.” OROZCO ABAD, IVÁN.(Supra nota 85), pp 150.

¹⁴² Señalando y clasificando los distintos mecanismos de justicia alternativa, véase, AMBOS, KAI. (Supra nota 28), pp. 55 y ss.; Respecto del rol de las comisiones de la verdad como mecanismo para la reconciliación en el conflicto, véase KARN, ALEXANDER M., Depolarizing the past: “The role of Historical Commissions in conflict mediation and reconciliation”. En: *Journal of International Affairs*, New York:, vol. 60, no1, Fall/Winter, 2006; La institución más importante de carácter extrajudicial, ha sido la de las Comisiones de la Verdad, las cuales han sido definidas como “(...) órganos oficiales, temporales y de constatación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”, Report Secretary General transitional justice y transcrito en español por Kai Ambos, en: AMBOS, KAI. (Supra nota 54), pp. 47; de forma muy interesante, reuniendo las principales características de una Comisión de la Verdad efectiva, véase, ibíd., pp. 56 y ss.

momentos de estado natural, y poder recobrar la institucionalidad estatal que permita proteger los derechos de los hombres y sus bienes jurídicos.

La comunidad internacional, tampoco ha sido ajena a este fenómeno, al crear un derecho para regular la guerra como lo es el DIH, y un sistema de protección de DDHH, para evitar la violación de derechos de los seres humanos, lo cual obliga a recordar que los combatientes también tienen dicha calidad, y se debe velar por sus derechos, incluyendo los sociales y culturales, siendo muy interesante en la materia la propuesta de la Comisión de Política Criminal, del reconocimiento de las víctimas políticamente complejas¹⁴³.

5.2. La obligación de investigar como principio ponderable en la justicia transicional

La punición, la investigación y el juzgamiento de todos los hechos, deben ser concebidos como principios¹⁴⁴, jamás como un mero deber impositivo que desconozca la voluntad popular y la realidad social¹⁴⁵, y como tal, debe ser ponderable¹⁴⁶ con otros principios y fines del Estado¹⁴⁷, de origen positivo¹⁴⁸,

¹⁴³ COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencia de Cooperación Internacional de Colombia y Unión Europea, 2012, párrafo 241.

¹⁴⁴ Existen diversas concepciones y por ende definiciones del concepto “principio”, que superan el objeto del presente estudio. Para este trabajo tomaremos el concepto de Alexy, quien entiende que ese concepto refiere a mandatos de optimización, véase ALEXY, ROBERT (Supra nota 89), pp. 50.

¹⁴⁵ Respecto de los siniestros senderos que ha tomado esa corriente en la historia, sobre todo en la escuela de Kiel, véase ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones”. En: Gloria Bernal Acevedo (Directora). *Temas actuales en la dogmática penal*. Universidad del Sinú y Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013; Respecto a los riesgos de un procesos impositivo según Hegel, véase PAWLIK, MICHAEL. *Realidad de la libertad . Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 44 y ss.; En el mismo sentido, PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. (Supra nota. 70), pp. 47.

¹⁴⁶ Frente a la ponderación de interés por vía del test de proporcionalidad, con referencia tanto a la Corte Constitucional Alemana, al desarrollo doctrinal de Robert Alexy, como a la Corte constitucional Colombiana véase , AMBOS, KAI. (Supra nota 54), pp. 57 y ss.; De forma contraria, Malarino ve inviable la utilización de la ponderación, como mecanismo para resolver dicha tensión, exponiendo una interesante postura, véase MALARINO. EZEQUIEL. (Supra nota 32), pp. 295 y 296.

¹⁴⁷ En este sentido se asume la posición de la Comisión Asesora de Política criminal, COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. (Supra nota 143), párrafo. 228; e igualmente, el punto 2.4.1. (ii), referente a la Intervención del Centro de Estudios de Derecho y Justicia y Sociedad – DeJuSticia-, Sentencia c-579-2003, pp. 23; en idéntica vía el Voto Concurrente en el Caso Mozote de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar que, “el deber de investigar tiene el carácter de principio y resalta además que la ponderación debe operar en función de las exigencias y circunstancias particulares en un proceso de paz” cita literal usada en la sentencia C-579-2003; de la misma forma, AMBOS, KAI. (Supra nota 54), pp. 40.

¹⁴⁸ Véase por ejemplo el sistema *iuspositivista* de Hart, HART, H. L. A.. *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

sin desconocer que algunos admiten la existencia de principios con origen natural o supra positivo¹⁴⁹, como la paz.

También se deben tener en cuenta factores empíricos, entre esos la realidad socio-económica del país¹⁵⁰, implicándonos asumir posturas como la del necesario fundamento del Derecho Penal en la Política Criminal¹⁵¹, que permitan determinar, por medio del estudio concreto de las necesidades y condiciones de la realidad, las limitaciones fácticas que puedan presentarse en su implementación concreta. Al ser consientes de las realidades empíricas a las que se van a enfrentar las normas, no se puede legitimar expresamente una *eficacia simbólica originaria*¹⁵² respecto del marco normativo.

Lo anterior, puesto que consideramos que no sirve para nada un marco normativo, refiriéndome a la Constitución colombiana, casi perfecto teóricamente, pero que no sea aplicable en la totalidad del territorio por culpa del conflicto. Como afirma García Villegas, se debe consolidar el entorno institucional¹⁵³.

Siendo necesario implementar mecanismos, en este caso de justicia transicional, para que se pueda retornar a un Estado real y efectivo. Es por lo anterior que se debe analizar la tensión entre justicia¹⁵⁴ y paz¹⁵⁵, para poder determinar la posibilidad de ponderar dichos principios.

La pregunta consiguiente en la ponderación debe ser: ¿cuánto se debe ceder?, y ¿qué tan imprescindible es?, lo cual puede llevar a que los que opinan que la

¹⁴⁹ Véase por ejemplo el sistema *iusnaturalistico* de Finnis, FINNIS, JOHN. *Natural Law & Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011, (Second edition).

¹⁵⁰ Esta variante se debe tener en cuenta, como origen válido, de criterios de selección los cuales pueden sustentar y satisfacer el interés de justicia.

¹⁵¹ Véase ROXIN, CLAUS. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008.

¹⁵² García Villegas diferencia entre eficacia simbólica originaria y derivada, al respecto véase GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del derecho, sociología política del campo jurídico en América Latina, segunda edición*. Bogotá: IEPRI, DEBATE, Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp. 233 y ss.

¹⁵³ Véase GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. (Supra nota 139), p. 212.

¹⁵⁴ Puede tener origen positivo o natural, en el caso concreto, sin propender debatir cuál de las fuentes es la correcta, tomaremos como fundamento el precepto del marco jurídico para la paz, exactamente del art. 1 del acto legislativo 1 de 2012.

¹⁵⁵ Lo mismo sucede con este concepto, Puede tener origen positivo o natural, en el caso concreto, sin propender debatir cuál de las fuentes es la correcta, tomaremos como fundamento el precepto del marco jurídico para la paz, exactamente del art. 1 del acto legislativo 1 de 2012.

justicia debe primar sobre la paz¹⁵⁶, digan que al igual que muchos países han juzgado la totalidad de los crímenes o por lo menos los más graves, Colombia debe hacer lo mismo.

Esto nos lleva a poner de presente que, el límite que nos parece más adecuado para poder ceder justicia y paz, debe ser, como dice Malarino, “(...) tanta justicia como paz lo permita (...)”¹⁵⁷, lo cual no se puede determinar de forma general y abstracta, sino que depende del caso concreto¹⁵⁸.

Lo anterior lleva a diferenciar, entre los casos de vencedores y ganadores¹⁵⁹, y los que exigen una conciliación por parte de los intervinientes en el conflicto, última categoría que también dependerá de la fuerza e influencia que tengan las partes, evidenciando a qué se puede deber el trato diferenciado entre los lugares donde “(...) no hay riesgo que se violen más derechos, como en los casos de vencedores (...)”¹⁶⁰ y los eventos en los que no solamente se quiere evitar la violación de más derechos por parte de los actores en negociación, sino que al estar dentro de un conflicto que involucra varios actores y factores¹⁶¹, determinará el efecto e impacto en los demás actores del conflicto para que acudan a medidas negociadas.

Otro punto muy importante en la situación colombiana, es el tipo de paz¹⁶² al que se aspira, puesto que al tener varios actores conflictuales, se podrá conseguir una paz de carácter restrictiva, es decir, de cese del conflicto (o por lo menos hostilidades) con uno de los actores, al ser una justicia transicional sin transición, ya que como lo afirma Uprimny Yepes:

Se trataría, en el mejor de los casos, de una justicia transicional y una paz fragmentarias, pues no aparecen en el orden del día

¹⁵⁶ En este sentido, afirmado que según el Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional y el ICTY, el Interés de Justicia debe prevalecer, por lo que se elimina la posibilidad de las amnistías, véase: DJUKIĆ, DRAŽAN. *Transitional Justice and the ICC. In the “Interest of justice”?*. Geneva: Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006, pp. 40 y ss

¹⁵⁷ MALARINO, EZEQUIEL. (Supra nota 32), p. 290.

¹⁵⁸ Ibíd, p. 290.

¹⁵⁹ ZOLO, DANILO. *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, pp. 157 y ss.

¹⁶⁰ MALARINO, EZEQUIEL (Supra nota 32), p. 290.

¹⁶¹ La guerra en Colombia no es un fenómeno nuevo, ya que ha estado presente en todo el siglo xx, véase CALLE MEZA, MELBA LUZ. *Constitución y guerra, una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.

¹⁶² Explicando los distintos debates entorno al concepto “construcción de paz”, véase ARZÁ BATALLER, MARÍA JOSÉ. “La rehabilitación posconflicto en el proceso de construcción de la paz”. En: AAVV. *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*. Valencia: PUV y Tirant lo Blanch, 2010, pp. 161 y ss.

*negociaciones con los demás actores alzados en armas que puedan poner fin a la guerra, la cual podría al contrario tender a su agudización en el futuro cercano. Colombia atraviesa entonces un proceso de justicia transicional sin transición*¹⁶³.

El fenómeno de una paz fragmentaria no sería contrario al ordenamiento, puesto que como pone de presente la Corte Constitucional colombiana, “Desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente”¹⁶⁴.

Vale la pena tener en cuenta que el marco jurídico para la paz, establece como una de sus finalidades “el logro de la paz estable y duradera”, el cual fue desarrollado por la Corte en la sentencia en estudio. Algunos análisis críticos, que a la luz del DIH, ya se han empezado a dar en la académica respecto del concepto utilizado en la sentencia, puesto que consideran que se adoptó un criterio formal de paz.¹⁶⁵ A su vez, ya se ha empezado a analizar la propuesta de la Corte de que “la paz impone un deber de prevención de la guerra y morigerar (solucionar los efectos del conflicto)”¹⁶⁶.

6. LOS FINES DE LA PENA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y SU RELACIÓN CON LOS DDHH

Al encontrarnos ante un Estado que en medio del conflicto no puede cumplir con las funciones normales y esperadas¹⁶⁷, se debe poner en duda, si en estos modelos extraordinarios puede la pena cumplir los mismos fines¹⁶⁸, teniendo

¹⁶³ UPRIMNY, YEPES. BOTERO, CATALINA. SAFFON, MARÍA PAULA. *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

¹⁶⁴ Véase la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana.

¹⁶⁵ Véase AMBOS, KAI. ZULUAGA, JOHN. “Justicia de transición y constitución a manera de introducción”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 11 y ss.

¹⁶⁶ Sobre toda esta problemática, de forma muy interesante, véase ZULUAGA, JOHN. “Alcance del artículo 1° inciso 4° del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 160 y ss.

¹⁶⁷ Frente a la crítica de ausencia de institucionalidad judicial real en zonas de conflicto en Colombia, véase GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *Jueces sin Estado* (Supra nota 139), pp. 165 ss.

¹⁶⁸ En el tema se deben destacar trabajos como el de Roht-Arriaza, que analiza los fines de la pena en el contexto de normatividad que pretender combatir la impunidad, véase ROTH-ARRIAZA, NAOMI. “Punishment, Redress, and Pardo: Theoretical and Psychological Approaches”. En: ROTH-ARRIAZA,

en cuenta que la finalidad del derecho penal debe ser la protección de bienes jurídicos¹⁶⁹.

La tradicional discusión entre retribucionistas y prevencionistas, retoma gran vigencia en este ámbito, a pesar de que se está ante un contexto distinto, se genera la duda de ¿protegemos bienes jurídicos a futuro, es decir, prevenimos que se sigan violando o se violen a futuro? o ¿permitimos que se violen más bienes jurídicos por parte de los actores del conflicto, para poder satisfacer la necesidad de retribuir al sujeto activo lo suficiente como para compensar el daño causado?.

Es muy importante tener en cuenta que los Derechos Humanos deben proteger, como dice su definición, seres humanos, y no simplemente vigencias de sistemas creados por el hombre¹⁷⁰, rescatando el principio *pro homine* de

NAOMI (editor). *IMPUNITY and HUMAN RIGHTS in INTERNATIONAL LAW and PRACTICE*. New York y Oxford: Oxford University Press, 1995, pp.13 y ss.

¹⁶⁹ Actualmente hay una gran discusión sobre la vigencia del concepto de bien jurídico, sobre todo en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional en un caso de incesto. Sobre la discusión alemana, en español, véase, BUCHARD, CHRISTOPH. “El principio de proporcionalidad en el derecho penal constitucional, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania.” En: AMBOS, KAI (Dir.) y BÖHM, MARÍA LAURA (Coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*. Bogotá: Editorial Temis, 2012, pp. 29 y ss.; ROXIN, CLAUS. “El principio de protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto.” En: AMBOS, KAI (Dir.) y BÖHM, MARÍA LAURA (Coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*. Bogotá: Editorial Temis, 2012, pp. 295 y ss.; Críticas desde una perspectiva latinoamericana, véase ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. (Supra nota 98). Con una crítica en el contexto colombiano, pero que en nuestro criterio, importa en gran medida la discusión alemana que corresponde a fundamentos constitucionales muy distintos a los colombianos, véase BERNATE OCHOA, FRANCISCO. “La lesividad penal: de la interdicción de la arbitrariedad a la prohibición de defecto”. En: Fernando Velásquez, Ricardo Posada, et al. (Coordinadores). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro Homenaje a Nódier Agudelo Betancur, Tomo I*. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad EAFIT, Universidad Sergio Arboleda y Universidad de los Andes, 2013, pp. 367 y ss.; De forma crítica frente al bien jurídico véase WOHLERS, WOLFGANG. “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 403 y ss.; Defendiendo el bien jurídico, véase HEFENDEHL, ROLAND. “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 409 y ss.; Explicando de forma comparada los sistemas del common law y el derecho continental en el tema, véase VON HISCH, ANDREW. “El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 37.; De la misma forma, véase WITTIG, PETRA. “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007

¹⁷⁰ De nuevo es relevante poner de presente el texto de Zaffaroni, que evidencia los siniestros senderos que ha tomado esa corriente en la historia, sobre todo en la escuela de Kiel, véase ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. (Supra nota 145).

interpretación de los tratados. Un ejemplo de las consecuencias a las que puede llevar una propuesta teórica donde lo importante sean vigencias normativas, es lo propuesto por Jakobs en el Derecho penal dirigido a terroristas¹⁷¹, sin perjuicio de las distintas justificaciones que pueda tener.

El principio *pro homine*, es lo que más deben pesar los compromisos internacionales de respeto de Derechos Humanos. Debe salir a la luz ese origen garantista de la Convención Interamericana, pues sería inadmisibles que el Estado dejara que se continuara con las violaciones de Derechos Humanos, y mucho más que, prevaleciera un hecho pasado, que estamos de acuerdo que necesita reparación, sobre futuras violaciones de Derechos Humanos.

En materia de justicia transicional, se debe retomar un concepto prevencionista que abarque un enfoque de justicia restaurativa, habida cuenta que como afirma Kai Ambos, la “(...) justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva –se asume, de hecho que la justicia penal no puede ser completamente administrada- y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia ‘creativa’)”¹⁷².

Se debe releer la Convención Interamericana con ojos de dogmática penal y penología, siendo ésta una de las distintas propuestas que pueden surgir de ese cambio de visión, y darse cuenta que en justicia transicional, la pena debe propender por la *prevención de futuras graves violaciones de Derechos Humanos y bienes jurídicos*.

Con base en lo expuesto anteriormente, considero, se debe hacer una relectura, en clave de justicia transicional, de la pena tradicional¹⁷³, permitiendo entender *una prevención general negativa*, compatible con el objetivo de evitar que se violen más derechos humanos pues se exige el deber de no repetición el cual no repercutiría exclusivamente en los desmovilizados sino que también puede generar un efecto frente a los demás intervinientes en el conflicto que podrían ver las garantías necesarias para una solución negociada. La aplicación real de los estándares aprobados puede influir mucho en los

¹⁷¹ JAKOBS, GÜNTHER. (Supra nota 137), p. 85.

¹⁷² AMBOS, KAI. (Supra nota 54), p. 28.

¹⁷³ Acertadamente dice Pastor, que: “aquí es donde cobra importancia el conocimiento jurídico penal (la cultura penal universal) y su función de control de la racionalidad instrumental del derecho punitivo: los fines del sistema no pueden ser alcanzados a cualquier precio” PASTOR, DANIEL. (Supra nota 55), p. 76.

demás grupos armados, ya que el caso colombiano es un modelo transicional sin transición.

Una prevención general positiva, que permita que se reintegre al ordenamiento sujetos que desconocen la regulación Estatal y, por lo tanto, se “(...) reafirman los valores de una sociedad dada”¹⁷⁴. Este punto puede generar también un efecto en las víctimas, quienes sentirán que se les reintegra su *status* de conciudadanos¹⁷⁵.

También, se debe propender por *una prevención especial*, que permita que los actores del conflicto puedan hacer parte de la sociedad, lo cual ayudaría a satisfacer el deber de no repetición, pues no todo puede ser “solucionado” por el derecho penal *sanalotodo*, término de Daniel Pastor¹⁷⁶, ya que necesita de políticas públicas, que continúen con el trabajo a largo plazo, generando de esta forma nuevas vías sociales y económicas para el país¹⁷⁷.

En el caso en estudio, la Corte Constitucional concluye, que “la sanción deberá consistir en una pena proporcional y efectiva”, por lo que se debe reiterar que la proporcionalidad de la pena, no puede ser tomada de forma retributiva¹⁷⁸, al estar ante un sistema de justicia transicional, sino que por el contrario debe responder a los fines preventivos anteriormente expuestos, los cuales van de la mano de la consecución del concepto de paz¹⁷⁹ sostenido en este escrito, que en nuestro criterio, podrá ayudar a la consolidación real de verdaderas instituciones que permitan el ejercicio efectivo de la potestad estatal en la totalidad del territorio.

Es decir, que se debe retomar el concepto *pro homine* de interpretación de los tratados, luchar por evitar la generación de nuevas víctimas por medio de la

¹⁷⁴ AMBOS, KAI. (Supra nota 54), p. 40.

¹⁷⁵ *Ibíd.* pp. 39. Respecto a esta posición pro víctimas, también puede surgir corrientes que pretendan proteger sus derechos por medio de la retribución. A su vez, se debe destacar que la prevención general negativa, analizada en el párrafo anterior, puede tener una vertiente punitiva, que pretende disuadir los futuros problemas con el ejemplificante castigo, véase al respecto, MALARINO, EZEQUIEL. (Supra. nota 32), p. 296.

¹⁷⁶ PASTOR, DANIEL. (Supra nota 55), p. 75.

¹⁷⁷ Explicando las corrientes que defienden la relación entre la paz y el desarrollo, véase BENAVIDES VANEGAS, FARID SAMIR. OSPINA PEDRAZA, ANA MARÍA. *El largo camino hacia la paz*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2013, pp. 42 y ss.

¹⁷⁸ Sobre los problemas de Lajusticia retributiva en el contexto de violaciones de DDHH en el conflicto armado, véase: UPRIMNY YEPES, RODRIGO. SÁNCHEZ, DUQUE, LUZ MARÍA. SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO. *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: DeJusticia y Reino de los Países Bajos, 2014, pp.99 y ss.

¹⁷⁹ Es tan esperada la paz en el país que ha habido muchos intentos al respecto, con un estudio sobre la evolución de los procesos de paz, *ibíd.*, pp. 71 y ss.

prevención, y enfrentar el pasado por medio de la restauración de las víctimas ya generadas.

Respecto de la efectividad de la pena, exigida por la Corte Constitucional, se debe reiterar que dicha expresión obliga a la utilización de medidas de selección y priorización¹⁸⁰, al igual que medidas alternativas de la pena privativa de la libertad¹⁸¹, que permitan responder a una obligación de medios, siendo coherente con la situación actual de un país latinoamericano, como lo es Colombia.

Finalmente, se debe decir por el momento que el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad, exige el abandono de las posturas netamente retribucionistas, puesto que ellas evitan la aplicación del principio de favorabilidad penal que permitiría la inclusión de nuevos elementos típicos por medio del principio de doble imputación que genera el esclarecimiento de contextos y patrones criminales.

7. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD PENAL Y FINES DE LA PENA EN JUSTICIA TRANSICIONAL

El principio de favorabilidad penal está contenido en el artículo 29 de la ley 599 de 2000, al disponer que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará preferencia a la restrictiva o desfavorable”, concepto que ha sido reiterado y desarrollado por la Corte Constitucional¹⁸². A su vez, en el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos humanos dispone que “(...) [s]i con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”, precepto que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de DDHH¹⁸³. La doctrina también ha desarrollado el punto, por ejemplo, Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Véase con distintas referencias (notas 195, 196 y 197); de la misma forma, véase APONTE CARDONA, ALEJANDRO. La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación. En: APONTE CARDONA, ALEJANDRO. Derecho Penal Internacional, textos escogidos, volumen II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2014, pp. 429 y ss.

¹⁸¹ En este sentido, COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencia de Cooperación Internacional de Colombia y Unión Europea, 2012.

¹⁸² Véase por ejemplo la Sentencia C-252 del 2001 de la Corte Constitucional.

¹⁸³ Véase por ejemplo el caso Ricardo Canese contra Paraguay (Sentencia de 2004).

¹⁸⁴ BERNAL CUÉLLAR, JAIME. MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general, tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 462 y ss.

A pesar de no ser el tema principal de la ponencia, se debe abrir la puerta a la discusión de la aplicación de estas medidas del marco jurídico para la paz, ya que la conducta de algunos actores del conflicto, de las dos partes, tiene condenas previas al marco jurídico para la paz.

La fiscalía estaría, en principio, en imposibilidad tanto de revivir investigaciones ya finalizadas, como de incluir como patrón de investigación elementos contextuales que en principio no exigen el código penal colombiano, por ser figuras propias de los crímenes internacionales, estando por fuera de sus funciones legales como organismo de persecución penal¹⁸⁵, y estando en contexto distinto del de la criminalidad organizada¹⁸⁶.

El principio de legalidad penal¹⁸⁷, prohibiría la inclusión de nuevos elementos típicos, puesto que los contextos, no son meras metodologías de investigación, sino que los elementos contextuales componen íntegramente el tipo objetivo de los crímenes internacionales, siendo tan relevante este elemento, que es lo que permite diferenciar los crímenes internacionales de los crímenes de trascendencia internacional y de los delitos ordinarios¹⁸⁸, a la vez que ha sido un criterio utilizado y discutido para el tratamiento de los concursos de delitos respecto de crímenes internacionales¹⁸⁹ y que va de la mano de la contemporánea discusión en Derecho Penal Internacional¹⁹⁰.

Lo anterior conlleva a que se reviva el principio de favorabilidad penal, pues al ofrecer un tratamiento punitivo distinto y favorable, se puede incluir como

¹⁸⁵ Cosa distinta ocurriría con las Comisiones de la Verdad; toca recordar que la Constitución de Colombia, expresamente incluye el principio de que los particulares pueden hacer lo que no se les está prohibido, y los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que les está permitido.

¹⁸⁶ TENORIO OBANDO, FELIPE. CONTRERAS FONSECA, ANDRÉS. “El fenómeno del crimen organizado transnacional como preocupación global”. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. No. 49, en imprenta.

¹⁸⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Garantía y Sistema Penal, releyendo hoy a Cesare Beccaria*. San José de Costa Rica: Ediciones Jurídicas Areté, 1999, pp. 121 y ss.; NAVARRO FRÍAS, IRENE. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Editorial Comares, 2010, pp.13; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. “La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad”. En: VELÁSQUEZ, FERNANDO (Director). *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: No. 7, 2012, 100 y ss.

¹⁸⁸ Sobre el principio de doble imputación, véase AMBOS, KAI. *Treatise of International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. New York: Oxford University Press, 2013, pp. 83 Y 84; WERLE, GERHARD. *Tratado de Derecho Penal Internacional, 2 edición*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, pp. 84 Y 85.

¹⁸⁹ Al respecto véase (Supra nota 108).

¹⁹⁰ Véase por ejemplo el gran desarrollo que han tenido figuras dogmáticas como la autoría y participación, en GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS. “El reciente desarrollo de la autoría y participación en Derecho Penal Internacional”. En: *Argumentos, voces jurídicas y literarias*. Bogotá: Año 1, No. 2, del 30 de abril al 15 de mayo del 2014.

nuevo elemento típico el principio de doble imputación el cual permitiría esclarecer los elementos contextuales de los crímenes internacionales, reconstruyendo de esta forma un panorama más cercano a la realidad.

Dicho principio de doble imputación, complementa el “nuevo” criterio de máximos responsables¹⁹¹ propuesto por la sentencia en estudio¹⁹², puesto que permite investigar patrones materiales de forma sistemática y contextualizada¹⁹³, que demuestra que los meros criterios de organización formal estarán llamados a recoger¹⁹⁴.

La organización institucional, permite pensar en investigaciones serias que incluyan contextos y patrones criminales, pues desde la creación de la nueva unidad de la fiscalía y las distintas directrices internas¹⁹⁵, se ha venido preparando y capacitando un equipo interdisciplinario que serviría como base para empezar a esclarecer los hechos, lo cual debe ir de la mano de la implementación de criterios de selección y priorización¹⁹⁶, que tengan como referencia los parámetros internacionales¹⁹⁷.

¹⁹¹ Para ver la evolución del concepto en la Corte Penal Internacional, véase WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN. SIERRA PIÑEROS, JUAN PABLO. “Los “máximos responsables””. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. Bogotá, No. 47, 2014, pp. 7 y ss.

¹⁹² Sentencia C-579 DE 200 de la Corte Constitucional. De forma crítica, véase COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO. TARAPUÉS SANDINO, DIEGO FERNANDO. “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 254 y ss.

¹⁹³ Analizando el sistema la estrategia de investigación de la Fiscalía de la de la CPI, véase AMBOS, KAI. STEGMILLER, IGNAZ. “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”. En: *Revista Penal*, Valencia, No. 32, 2013; Haciendo un análisis tanto en materia de derecho penal internacional como en derecho comparado, véase los distintos trabajos publicados en: AMBOS, KAI (Coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los caso de crímenes internacionales: un estudio comparado*. Bogotá: GIZ, 2011.

¹⁹⁴ Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional.

¹⁹⁵ Especialmente la directiva 1 del 2012 de la Fiscalía General de la Nación que implementa el nuevo sistema de investigación penal y gestión de casos. Analizando el posible alcance de dicha directiva, véase ZULUAGA (Supra nota 166); debe tenerse en cuenta también el desarrollo que se ha venido dando respecto de la ley de justicia y paz, LÓPEZ MEDINA, DIEGO. “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”. En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 17, 2010

¹⁹⁶ Explicando los conceptos de selección y priorización, ZULUAGA (Supra nota 166) pp. 168 y ss; Véase también, AMBOS, KAI. ZULUAGA, JOHN. “La <<nueva>> política de selección y priorización penal en Colombia”. En: Asuntos del sur, 19.03.2013, disponible en: <http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/>; KAI. ZULUAGA, JOHN. “Sobre la implementación del sistema de priorización y selección”. En: *Ámbito Jurídico*. Legis, 22 de Julio al 4 de Agosto de 2013.

¹⁹⁷ LÓPEZ MEDINA, DIEGO. “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano2. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 16, 2010.

Dicha investigación contextual tiene que trabajar de la mano, con la información recogida por Comisiones de la Verdad y demás instituciones no judiciales, para permitir una visión amplia, y no excluyente, de la verdad.¹⁹⁸

La aplicación del principio de favorabilidad obliga a que sea un trato punitivamente más favorable, por lo que las propuestas ortodoxamente retribucionistas estarán llamadas a recoger, ya que afectarían la investigación contextual de los hechos que permiten el esclarecimiento real de la verdad tanto para las víctimas inmediatas, como para las mediatas, es decir, la totalidad de la sociedad.

A su vez, posturas ortodoxamente retribucionistas, podrían empeorar problemáticas como la de la situación penitenciaria, la cual tiene regulación especial en el Sistema de Naciones Unidas¹⁹⁹, y ha sido objeto de protección e interés especial por parte de la Corte Constitucional²⁰⁰.

Por último, se debe dejar la inquietud, de que el tratamiento de la ley estatutaria que regule el tema debe tener en cuenta todas estas variantes, y otras como lo son, el necesario trato de políticas diferenciadas que respeten particularidades del conflicto y de los participantes en él, como lo son los indígenas (y el especial tratamiento en su reparación), la perspectiva de género (puesto que no puede ser exclusiva de las mujeres, y debe incluir al resto de población vulnerable en el conflicto por este factor, como lo pueden ser la población LGTBI o los hombres), los menores, entre muchos factores relevantes para la fabricación de políticas públicas²⁰¹ serias y pluralistas que permitan que toda la población sea incluida en este proceso.

¹⁹⁸ Véase por ejemplo la labor que ha logrado el Centro de Memoria Histórica quienes han consolidado un documento base que caracteriza el conflicto armado en Colombia, CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA. *¡Basta ya!, Colombia: Memorias de guerra y dignidad, Informe general Grupo de Memoria Histórica*. Bogotá: Centro de Memoria Histórica y DPS, 2013.

¹⁹⁹ Por no ser el objetivo de este artículo tocar a profundidad el fundamento y las medidas para implementar el modelo de Naciones Unidas, sobre esta temática me remito al estudio coordinado por el Director del ILANUD, que desarrolla el tema: CARRANZA, ELÍAS (coordinador). *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Como implementar el modelo de Derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. México, D.F.: Asdi, ILANUD, Raoul Wallenberg Institute y Siglo Veintiuno Editores, 2009.

²⁰⁰ La Corte Constitucional Colombiana, ha caracterizado al Sistema Carcelario, como uno de los, denominados por dicha corporación, *estados de cosas inconstitucionales*. Al respecto, véase el estudio del Instituto Rosarista de Acción Social: INSTITUTO ROSARISTA DE ACCIÓN SOCIAL. *Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario entre 1995 y 2010, en el marco de las políticas de Estado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

²⁰¹ Que incluyan medidas tanto a corto como a largo plazo.

8. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de las distintas conclusiones que se enuncian específicamente en cada uno de los capítulos, imperativo resulta globalizarlas así:

- 1) Desde el positivismo jurídico y la negación del activismo judicial²⁰² como creador de normas vinculantes, se impone la necesidad de tener como fuente los marcos normativos propiamente dichos y, solo si es necesario, la jurisprudencia, pero únicamente como criterio auxiliar de interpretación.
- 2) En la sentencia objeto de estudio, la Corte Constitucional fundamenta la premisa mayor del fallo, en una obligación jurisprudencial y no en una convencional, desconociendo que pudo haber sustentado la premisa mayor en otro marco normativo, que fuera coherente con el sistema de fuentes interno. Aclarando que no queda muy claro en la sentencia como se asume la doctrina de la Corte IDH y se llega a una conclusión, en nuestro parecer más racional, distinta.
- 3) A pesar de muchos aciertos en la interpretación de la Convención Interamericana por parte de la Corte Interamericana, también existen algunas críticas que deben servir para el mejoramiento del Sistema Interamericano, sobre todo en este tema que exige analizar distintas particularidades de los casos en concreto.
- 4) Respecto de las amnistías se concluye que, no existe una prohibición normativa concreta en el Sistema Interamericano de DDHH y en el Sistema Universal de DDHH respecto de las amnistías condicionadas y que el marco normativo del DIH propende por la aceptación de las amnistías.
- 5) Faltó mayor análisis y coherencia en el tratamiento de la relación entre el DIH y los DDHH por parte de la Corte Constitucional en la sentencia en estudio.

²⁰² Presupuesto que tomamos como punto de partida, sin perjuicio de algunas referencias específicas que se hacen en el texto. A pesar de que somos conscientes de lo discutible que puede ser y la necesidad de un análisis profundo al respecto, se decidió no incluir un apartado específico por no ser el objeto del presente estudio.

- 6) No existe un concepto consolidado normativamente de “impunidad”. A pesar de lo anterior, se debe concluir, que lo poco que existe se refiere a pena, más no, imprescindiblemente, a pena privativa de la libertad.
- 7) Se caracteriza a la obligación de investigar como un principio ponderable con otros principios positivizados como la paz.
- 8) Se hace una propuesta sistemática para analizar, acorde a los DDHH, los fines de la pena en justicia transicional.
- 9) Se propone el uso de la favorabilidad penal, para permitir la implementación de elementos típicos nuevos, que permitan satisfacer los estándares de investigación.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability. Belfast: Transitional Justice Institute at the University of Ulster, 2013.
- ABELLO GALVIS, RICARDO. “La corte Interamericana de Derechos Humanos y el Ius Cogens”. En: AA.VV., *Questiones Disputatae*, Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2013.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- AMBOS, KAI (Coord.) *Selección y priorización como estrategia de persecución en los caso de crímenes internacionales: un estudio comparado*. Bogotá: GIZ, 2011.
- AMBOS, KAI. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*; Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, (Segunda edición).
- AMBOS, KAI. “El marco jurídico de la justicia de transición”. En: AMBOS, KAI. MALARINO, EZEQUIEL. ELSNER, GRISELA: *Justicia de Transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Uruguay: Georg August Universität Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- AMBOS, KAI. “Crimes against Humanity and the International Criminal Court”. En: Sadat (ed.). *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, 1st ed.. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- AMBOS, KAI. *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*. Bogotá: Temis, 2008.

- AMBOS, KAI. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio Empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, DIKE, Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional y Comisión Andina de Juristas, 1997, (1ª edición colombiana).
- AMBOS, KAI. *Nociones básicas del derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- AMBOS, KAI. STEGMILLER, IGNAZ. “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”. En: *Revista Penal*, Valencia, No. 32, 2013.
- AMBOS, KAI. *Treatise of International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. New York: Oxford University Press, 2013.
- AMBOS, KAI. *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*. New York: Oxford University Press, 2014.
- AMBOS, KAI. ZULUAGA, JOHN. “La <<nueva>> política de selección y priorización penal en Colombia”. En: *Asuntos del sur*, 19.03.2013, disponible en: <http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/>
- AMBOS, KAI. ZULUAGA, JOHN. “Sobre la implementación del sistema de priorización y selección”. En: *Ámbito Jurídico*. Legis, 22 de Julio al 4 de Agosto de 2013.
- AMBOS, KAI. ZULUAGA, JOHN. “Justicia de transición y constitución a manera de introducción”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO. *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2006.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO. “La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación”. En: APONTE CARDONA, ALEJANDRO. *Derecho Penal Internacional, textos escogidos, volumen II*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2014.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO. “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: una relación problemática”. En: APONTE CARDONA ALEJANDRO. *Derecho Penal*

- Internacional, textos escogidos, volumen II*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2014.
- BASSIOUNI, M. CHERIF. *Crimes Against Humanity, Historical evolution and contemporary application*. New York: Cambridge University Press, 2011.
 - BEITZ, CHARLES R.. *La idea de los derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
 - BENAVIDES VANEGAS, FARID SAMIR. OSPINA PEDRAZA, ANA MARÍA. *El largo camino hacia la paz*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2013.
 - BERNAL CUÉLLAR, JAIME. MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general, tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
 - BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2011.
 - BERNATE OCHOA, FRANCISCO. “La lesividad penal: de la interdicción de la arbitrariedad a la prohibición de defecto”. En: Fernando Velásquez, Ricardo Posada, et al. (Coordinadores). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado: Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur, Tomo 1*. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad EAFIT, Universidad Sergio Arboleda y Universidad de los Andes, 2013.
 - BERNATE OCHOA, FRANCISCO. *El sistema penal del Common Law: Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.
 - BING JIA, BING. “The relations between Treaties and Custom”. En: Chinese Journal Of International Law, Oxford: Volumen 9, 1, 2010.
 - BONORINO, RAÚL PABLO. *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
 - BUCHARD, CHRISTOPH. “El principio de proporcionalidad en el derecho penal constitucional, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania.” En: Kai Ambos (Dir.) y María Laura Böhm (Coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*. Bogotá: Editorial Temis, 2012.
 - BUCKLEY-ZISTEL, SUSANNE. KOLOMA BECK, TERESA. BRAUN, CHRISTIAN. MIETH, FRIEDERIKE. *Transitional Justice Theories*. New York: Routledge, 2014.

- BUSS, ANDREAS. “The Preah Vihear Case and Regional Customary Law”. En: *Chinese Journal of International Law*, Oxford: volumen 9, 1, 2010.
- CALLE MEZA, MELBA LUZ. *Constitución y guerra, una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.
- CARRANZA, ELÍAS (coordinador). *Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Como implementar el modelo de Derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. México, D.F.: Asdi, ILANUD, Raoul Wallenberg Institute y Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- CASTAÑO BEDOYA, ALEJANDRO. *Introducción a la Razón Práctica del Derecho, una perspectiva del Iusnaturalismo Renovado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013.
- CASTILLO, CAMILO. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. RUBIANO, SEBASTIÁN. “Estado y territorio en las regiones: Estudio de casos”. En: Mauricio García Villegas (Director). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre, DeJuSticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008.
- CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA. *¡Basta ya!, Colombia: Memorias de guerra y dignidad, Informe general Grupo de Memoria Histórica*. Bogotá: Centro de Memoria Histórica y DPS, 2013.
- CHARLES RUSELL, CAMERON. “The Chapeau of crimes against humanity, the impact of the Rome Statue of the International Criminal Court”. En: *Eyes on the ICC*, No. 8, 25, 2011-2012, disponible en: <http://heinonline.org>
- CHIESA, LUIS E.. “Comparative Criminal Law”. En: DUBBER, MARKUS. HÖRNLE, TATJANA. *Oxford Handbook of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, en prensa, también disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387304
- COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencia de Cooperación Internacional de Colombia y Unión Europea, 2012.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2007.

- COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO. TARAPUÉS SANDINO, DIEGO FERNANDO. “El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- CROSS, RUPERT; HARRIS, J.W.. *El precedente en el Derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- DE GREIFF, PABLO. “La contribución de la justicia transicional a la construcción y consolidación de la democracia”. En: AA.VV. *El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Bogotá: Departamento Federal de Asuntos Exteriores DFAE Y Centro internacional para la Justicia Transicional, 2008.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra –CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, 2001.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- DJUKIĆ, DRAŽAN. *Transitional Justice and the ICC. In the “Interest of justice”?*. Geneva: Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006.
- ELSTER, JON. *Rendición de cuentas, la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz, 2006.
- ERRANDONEA, JORGE. “Garantías procesales y obligación de investigar, y en su caso juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales: el ejemplo de Uruguay”. En: Revista Aportes. Fundación para el Debido Proceso. No. 18, año 6, diciembre del 2013, disponible en: http://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/Garantias_procesales_y_obligacion_de_investigar.pdf
- ESTRADA GONZÁLEZ, MARÍA DE LOS ÁNGELES. *El derecho de Ginebra frente a los conflictos armados sin carácter internacional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- FIANDACA, GIOVANI. *El Derecho Penal entre la ley y el juez*. Madrid: Dykinson, 2013.
- FINNIS, JOHN. *Natural Law & Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011, (Second edition).

- FINNIS, JOHN. *Philosophy of Law, Collected Essays: Volume IV*. New York: Oxford University Press, 2011.
- FORER, ANDREAS. “Dos aspectos de la sentencia en contra de Thomas Lubanga Dyilo: conflicto armado y reclutamiento forzado”. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. Bogotá: No. 44, 2013.
- GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS. “El reciente desarrollo de la autoría y participación en Derecho Penal Internacional”. En: *Argumentos, voces jurídicas y literarias*. Bogotá: Año 1, No. 2, del 30 de abril al 15 de mayo del 2014.
- GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS. “Doble subsunción, crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad. Especial referencia al caso colombiano”. En: *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: No. 10, 2014.
- GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS. “La pena y sus fines”. 2011 (informe entregado al Ministerio de Justicia, en el marco de cooperación internacional con la Agencia Española de Cooperación –AECID-).
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. “Justicia con Estado”. En: Mauricio Garcías Villegas (Director). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Siglo del Hombre*. Bogotá: DeJuSticia, Fundación Konrad Adenauer y The John Merck Fund, 2008.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del derecho, sociología política del campo jurídico en América Latina*, segunda edición. Bogotá: IEPRI, DEBATE, Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- GIL GIL, ALICIA. *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1999.
- GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO. *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO. *Inter-American Judicial Constitutionalism, on the constitutional Rank of human rights treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José de Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 2011.
- GONZÁLEZ MORALES, FELIPE. *Sistema Interamericano de Derecho Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS MAURICIO. *El bloque de constitucionalidad: Conceptos y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GÚZMAN DALBORA, JOSÉ LUIS. “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: AMBOS KAI. MALARINO EZEQUIEL (Editores). *Sistema*

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional con informes de América Latina, Alemania y España. Bogotá: Editorial Temis, Georg August Universität-Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2010.

- HEFENDEHL, ROLAND. “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HENCKAERTS, JEAN MARIE. DOSWALD-BECK, LOUISE. *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules.* Cambridge: ICRC, 2005.
- HENCKAERTS, JEAN MARIE. DOSWALD-BECK, LOUISE. *Customary International Humanitarian Law. Volume II: Practice, part 2.* Cambridge: ICRC, 2005.
- HUNEEUS, ALEXANDRA. “International Criminal Law by other means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of The Human Rights Courts”. En: *American Journal of International Law*, U.S.A.: vol. 107, no.1, enero de 2013.
- INSTITUTO ROSARISTA DE ACCIÓN SOCIAL. *Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario entre 1995 y 2010, en el marco de las políticas de Estado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.
- JAKOBS, GÜNTHER. “¿Terroristas como personas en Derecho?”. En: MELIÁ, CANCIO. GÓMEZ-JARA, CARLOS. *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la Exclusión*, Volumen 1. Buenos Aires/ Montevideo: Edisofer, 2006.
- JON HELLER, KEVIN. DUBBER, MARKUS D. *The Hand Book of Comparative Criminal Law.* California: Stanford University Press, 2011.
- KARN, ALEXANDER M.. Depolarizing the past: “The role of Historical Comissions in conflict mediation and reconciliation”.En: *Journal of International Affairs*, New York:, vol. 60, no1, Fall/Winter, 2006.
- KOLB, ROBERT. HYDE, RICHARD. *An introduction to the international law of armed conflicts.* Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2008.
- LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. *Garantía y Sistema Penal, releyendo hoy a Cesare Beccaria.* San José de Costa Rica: Ediciones Jurídicas Areté, 1999.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO. “Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia

- transicional: su aplicación al caso colombiano”. En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 16, 2010.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO. “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”. En: *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 17, 2010.
 - LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El derecho de los jueces, segunda edición – octava reimpresión*. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2009.
 - LUHMANN, NIKLAS. *La paradoja de los derechos humanos, tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
 - MALARINO, EZEQUIEL. “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: AMBOS KAI. MALARINO, EZEQUIEL (Editores). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional con informes de América Latina, Alemania y España*. Bogotá: Editorial Temis, Georg August Universität-Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
 - MALARINO, EZEQUIEL. *Derechos Humanos y Derecho Penal, estudios sobre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
 - MALLINDER, LOUISE. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions, Bridging the Peace and Justice Divide*. Oxford: Hart Publishing, 2008.
 - MARZÁ BATALLER, MARÍA JOSÉ. “La rehabilitación posconflicto en el proceso de construcción de la paz”. En: AAVV. *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*. Valencia: PUV y Tirant lo Blanch, 2010.
 - MATUS, JEAN PIERRE. *La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos y Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.
 - NAVARRO FRÍAS, IRENE. *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Granada: Editorial Comares, 2010.
 - NINO, C.S.. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1984.
 - OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR. *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Valencia: IIH y Tirant lo Blanch, 2011.

- OROZCO ABAD, IVÁN. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria, dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2005.
- OROZCO ABAD, IVÁN. *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2009.
- PARRA VERA, OSCAR. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 1, Año 13, Diciembre de 2012, pp.12 y 13, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a13n1.html
- PASTOR, DANIEL. *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2006.
- PASTOR, DANIEL. *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- PAWLIK, MICHAEL. *La libertad Institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- PAWLIK, MICHAEL. *Realidad de la libertad . Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Justicia penal internacional. Reflexiones acerca del delito político, extradición y amnistías*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2006.
- POLAINO –ORTS, MIGUEL. *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Universidad de Huánuco y Grijley, 2009.
- QUISPE REMÓN, FLORABEL. “Ius cogens en el Sistema Interamericano, su relación con el debido proceso”. En: *Revista de Derecho*, Barranquilla: No. 34, , 2010.
- REYES ALVARADO, YESID. “Impunidad”, publicado el 8 de mayo del 2014, y disponible en la página del Periódico El Espectador en: <http://www.elespectador.com/opinion/impunidad-columna-491252>
- ROTH-ARRIAZA, NAOMI. “Punishment, Redress, and Pardo: Theoretical and Psychological Approaches”. En: ROTH-ARRIAZA, NAOMI (editor). *IMPUNITY and HUMAN RIGHTS in INTERNATIONAL LAW and PRACTICE*. New York y Oxford: Oxford University Press, 1995.
- ROTH-ARRIAZA, NAOMI. “Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute, and Provide Redress”. En: ROTH-ARRIAZA, NAOMI (editor). *IMPUNITY and HUMAN RIGHTS in*

INTERNATIONAL LAW and PRACTICE. New York y Oxford: Oxford University Press, 1995.

- ROXIN, CLAUS. “El principio de protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto.” En: AMBOS, KAI (Dir.) y BÖHM, MARÍA LAURA (Coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana*. Bogotá: Editorial Temis, 2012.
- ROXIN, CLAUS. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008.
- SALMÓN, ELIZABETH. *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados*. Lima: Palestra, 2007.
- SÁNCHEZ, NELSON CAMILO. IBÁÑEZ GUTIÉRREZ, CATALINA. “La justicia transicional como categoría constitucional”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- SANCINETTI, MARCELO A.. FERRANTE, MARCELO. *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- SCHABAS, WILLIAM. *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*. New York: Oxford University Press, 2012.
- SCHLÜTTER, BIGIT. *Developments in customary International Law: Theory and the Practice of the international Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*. Leiden y Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2010.
- SHAW, MALCOLM N. *International Law*. New York: Cambridge University Press, 2008 (Sixth Edition).
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *La decisión judicial, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Tomo II*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2011.
- TENORIO OBANDO, FELIPE. CONTRERAS FONSECA, ANDRÉS. “El fenómeno del crimen organizado transnacional como preocupación global”. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. No. 49, en imprenta.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, disponible en la página de DeJusticia en:

[http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado de dere cho&publicacion=73](http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=estado_de_derecho&publicacion=73), (15.03.2014).

- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. SÁNCHEZ, DUQUE, LUZ MARÍA. SÁNCHEZ LEÓN, NELSON CAMILO. *Justicia para la paz, crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: DeJusticia y Reino de los Países Bajos, 2014.
- UPRIMNY, YEPES. BOTERO, CATALINA. SAFFON, MARÍA PAULA. *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.
- VARÓN MEJÍA, ANTONIO. “Orden público internacional y normas ius cogens: una perspectiva desde la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969”. En: *Diálogos de Saberes: investigación y ciencias sociales*, Bogotá: No. 32, 2010.
- VASALLI, GIULIANO. *Fórmula de Radbruch y derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. “‘Justicia transicional’ y sustitución de la Constitución. Periódico el Colombiano”, publicado el 15 de diciembre del 2013, y disponible en la página del Periódico el Colombiano, en:[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/justicia transicio nal y sustitucion de la constitucion/justicia transicional y sustitucion de la constitucion.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/justicia_transicional_y_sustitucion_de_la_constitucion/justicia_transicional_y_sustitucion_de_la_constitucion.asp), (15.03.2014).
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. “La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad”. En: VELÁSQUEZ, FERNANDO (Director). *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: No. 7, 2012.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN. “La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial”. En: VELÁSQUEZ, FERNANDO (Director). GÁLVEZ BERMÚDEZ, CARLOS AUGUSTO (Coordinador). *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá: No. 9, 2013.
- VILLA ROSAS, GÓNZALO. “La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

- VINUALES, JORGE E.. “Impunity: Elements for an Empirical Concept”. En: *Law and Inequality*, No. 25, 2007.
- VON HISCH, ANDREW. “El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WAR CRIMES RESEARCH OFFICE. *The practice of Acumulative Charging at the International Criminal Court*. U.S.A.: Washington College of Law, 2010.
- WERLE, GERHARD. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, (2 edición).
- WILLIAMS, SARAH. *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals, selected jurisdictional issue*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2012.
- WITTIG, PETRA. “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WOHLERS, WOLFGANG. “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”. En: HEFENDEHL, ROLAND. *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN. SIERRA PIÑEROS, JUAN PABLO. “Los “máximos responsables””. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. Bogotá: , No. 47, 2014.
- WOLFGÜGEL GUTIÉRREZ, Christian. “El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la corte penal internacional”. En: BOEGLIN, Nicolás et al. (Editores). *La Corte Penal Internacional una perspectiva Latinoamericana*. San José: University for Peace et al., 2012, disponible en: <https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenar/La%20Corte%20Pena%20Internacional-Una%20perspectiva%20latinoamericana.pdf>
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones”. En: Gloria Bernal Acevedo (Directora). *Temas actuales en la dogmática penal*. Universidad del Sinú y Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010.

- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO. *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo V*. Buenos Aires: Ediar, 1983.
- ZOLO, DANILO. *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- ZULUAGA, JOHN. “Alcance del artículo 1° inciso 4° del acto legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”. En: AMBOS, KAI (Coord.). *Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*. Bogotá: Temis, CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.