

EL CAMINO HACIA LA PAZ: DERRIBANDO BARRERAS A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL*

THE PATH TOWARD PEACE:
TRIPPING BARRIERS THROUGH INTERNATIONAL LAW

*Miguel Ramos González, Alicia Marcos Vázquez
Angie Steffania Rojas Varón, Cristina Prieto Rodríguez
Lucía Avello Fernández, Rebeca Otero Gil*

Semillero de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca, España**
Director: *Lorenzo Mateo Bujosa Vadell*

Resumen

Tras más de seis décadas de conflicto armado con las FARC, la República de Colombia ha logrado alcanzar la paz en todo su territorio a través de un acuerdo con los guerrilleros. Sin embargo, las leyes mediante las cuales se ha creado la JEP contienen algunos preceptos de carácter procesal que podrían entrar en contradicción con normas de Derecho Internacional que vinculan al Estado Colombiano. Para evitar la intervención de la CPI en el proceso judicial se deben introducir reformas procesales que permitan el cumplimiento del Derecho Internacional, pero respetando los términos del Acuerdo de Paz para garantizar su éxito.

* Artículo Inédito.

Para citar el artículo: RAMOS GONZÁLEZ, Miguel; MARCOS VÁZQUEZ, Alicia; et al. El camino hacia la paz: derribando barreras a través del derecho internacional. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 48 Julio – Diciembre. 2018, pp. 179-204.

Recibido: 30 de junio de 2018 – Aprobado: 30 octubre de 2018.

** Los coautores son estudiantes y miembros del grupo de Semilleros de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, España. Ganadores del XIX Concurso para Estudiantes de Derecho 2018 – Nivel Pregrado, dirigidos por el Profesor Lorenzo Bujosa Vadell.

El camino hacia la paz: derribando barreras a través del derecho internacional

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz, Corte Penal Internacional, conflicto armado interno, FARC, Estatuto de Roma, Derecho Internacional.

Abstract:

After more than six decades of armed conflict with the FARC, the Republic of Colombia has achieved peace all over its territory thanks to an agreement with the guerrilla. However, the laws that implement the EJP (JEP) contain several procedural precepts that might contradict International Law norms that bind the Colombian State. In order to prevent the ICC from intervening in the judicial process it is necessary to make procedural reforms that guarantee compliance with International Law. At the same time, the terms of the Peace Agreement must be respected so that a stable and lasting peace can **be consolidated**.

Key words: Special Jurisdiction for Peace, International Criminal Court, internal armed conflict, FARC, Rome Statute, International Law.

Introducción

En el presente trabajo, desde el semillero de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca pretendemos resaltar la fundamental importancia de una adaptación del ordenamiento jurídico de Colombia a las exigencias de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) para evitar su incompatibilidad con algunos preceptos de derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma, y así propiciar una aplicación efectiva de la Justicia Especial para la Paz (en adelante JEP), el cumplimiento de sus objetivos y, finalmente, la restauración de la paz y la justicia social en la República de Colombia.

El equipo que ha trabajado sobre esta cuestión lo ha hecho desde un punto de vista exógeno y multidisciplinar: exógeno, en el sentido de que los miembros de este grupo han llevado a cabo su análisis desde una realidad externa a la colombiana, y a la latinoamericana. Esto nos ha aportado una visión diferente y complementaria a la que puede darse en Colombia y otros países del mismo ámbito geográfico y social, pero sin suponer un obstáculo para entender la controversia que se plantea: las dos veces que España se ha visto obligada a modificar normas de rango constitucional ha sido también por exigencias externas (en este caso, provenientes de la Unión Europea). También es un trabajo multidisciplinar, ya que la presencia de estudiantes de criminología en nuestro semillero nos ha permitido desarrollar nuestra postura no solo a través

de argumentos puramente jurídicos, sino también criminológicos, victimológicos y psicosociológicos, debido a la importancia que tiene comprender este conflicto desde todas las perspectivas posibles para dar una respuesta ajustada a una problemática tan compleja.

Para llevar a cabo nuestro estudio hemos analizado los cuatro aspectos del marco legislativo de la JEP que la CPI ha declarado como incompatibles con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma: la definición de responsabilidad de mando, la definición de “graves” crímenes de guerra, la determinación de la participación “activa o determinante” en los crímenes y la implementación de las sanciones que conlleven “restricciones efectivas de libertades y derechos”, así como las causas alegadas por la Corte para defender su posición. Por último, ofreceremos soluciones y alternativas para posibilitar la necesaria adecuación, y estudiaremos los fundamentos científicos que demuestran la necesidad de superar este obstáculo para poner en funcionamiento la JEP.

1. Contexto

Durante más de medio siglo, la República de Colombia ha experimentado un cruento conflicto armado interno entre varios grupos armados ilegales (destacando entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y el Ejército de Liberación Nacional) y las fuerzas gubernamentales del país.

En el año 2002, en pleno conflicto, Colombia ratificó el Estatuto de Roma: un tratado internacional cuyo objetivo era la creación de un tribunal penal internacional de carácter permanente para el enjuiciamiento y la prevención de los más graves crímenes internacionales, que a menudo quedaban impunes. Dicho tratado entró en vigor en julio de ese mismo año al alcanzar la consensuada cifra de sesenta estados miembros, por lo que una incipiente Corte Penal Internacional (CPI) se puso en funcionamiento.

Si bien la CPI tiene competencia sobre los delitos del Estatuto de Roma cometidos en Colombia desde el 1 de noviembre de 2002, no es así respecto de los crímenes de guerra: Bogotá realizó en este sentido una reserva temporal conforme al artículo 124 del Estatuto, por lo que la CPI solo tiene competencia sobre los crímenes de guerra cometidos en Colombia a partir del 1 de noviembre de 2009. El elevado número de comunicaciones que la Fiscalía de la Corte recibió a partir del 2002, de conformidad al artículo 15 del Estatuto, provocó la apertura de exámenes preliminares en el año 2004. Un minucioso análisis realizado sobre esa información ha llevado a la Fiscal a afirmar que existen fundamentos razonables que apuntan a la comisión de crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma en Colombia, desde noviembre 2002, así como

de crímenes de guerra del artículo 8 del Estatuto a partir de noviembre de 2009 (y cuyo enjuiciamiento, por tanto, correspondería también a la CPI, que tiene un carácter complementario a las jurisdicciones nacionales a tenor del artículo 1 del Estatuto).

El 24 de noviembre de 2016, las FARC-EP firmó junto al Gobierno Colombiano un acuerdo en el que pactaron la finalización del conflicto para la construcción de una paz estable y duradera, así como la creación de una jurisdicción especial para juzgar a aquellos que tuvieron una participación activa en el conflicto armado. Si bien el Acuerdo fue aplaudido por la comunidad internacional y la CPI, esta expresó su preocupación por algunos contenidos del documento que podrían ser contrarios al derecho consuetudinario o al Estatuto de Roma.

Sin embargo, cuando los legisladores implementaron el Acuerdo de Paz en el ordenamiento jurídico colombiano a través del Acto Legislativo 01/2017, no tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Corte Penal Internacional para evitar posibles incompatibilidades entre dicha norma y los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. A tenor del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales suscritos por Colombia en relación con esas materias pasan a formar parte del ordenamiento jurídico como normas del bloque constitucional que gozan, consecuentemente, de un carácter supralegal. Podemos afirmar, por tanto, que las contradicciones que denuncia la CPI no suponen únicamente un conflicto entre derecho interno y derecho internacional, sino también una auténtica incompatibilidad entre normas de derecho interno colombiano.

Así, la CPI indicó en su informe sobre las actividades de examen preliminar de 2017 que cuatro aspectos del Acto Legislativo 01/2017 podrían dar lugar a futuras contradicciones con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma. Estos puntos controvertidos son los presupuestos para la apreciación de responsabilidad del mando, la definición de “graves crímenes de guerra”, la forma de determinación de una participación “activa o determinante” y la implementación de sanciones que conlleven “restricciones efectivas de libertades y derechos”.

A lo largo de este trabajo analizaremos las diferentes causas que dan lugar a cada una de las cuatro principales contradicciones señaladas por la CPI, tanto desde un punto de vista legal como doctrinal, y propondremos las posibles medidas que se pueden adoptar para propiciar una completa compatibilidad entre la normativa adoptada por Colombia con motivo del Proceso de Paz y sus obligaciones emanadas del derecho Internacional. Una adecuada solución a esta controversia contribuirá a una exitosa aplicación de la Justicia Especial para

la Paz y la consecución de una paz estable y duradera, y propiciará un amplio reconocimiento por parte de la comunidad internacional a la capacidad del Estado Colombiano de cumplir con sus compromisos incluso en las circunstancias más adversas.

2. Aspectos del marco legislativo de la JEP que podrían plantear cuestiones de inconsistencia e incompatibilidad con el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma

2.1 Definición de la responsabilidad del mando

El primer aspecto del marco legislativo de la Jurisdicción Especial para la Paz que la Fiscal de la Corte Penal Internacional señala en el examen preliminar de 2017 como posible fuente de contradicción con el derecho internacional es la definición de la responsabilidad del mando. Para entender esta cuestión es necesario analizar el alcance que se da en el derecho internacional a dicho principio de responsabilidad del superior, por un lado, y la limitación al mismo que puede suponer la forma en la que este se ha introducido en la legislación colombiana, por otro.

2.1.1 El principio de responsabilidad del mando en el derecho internacional

Con base en este principio, el superior o persona al mando es responsable penalmente por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados en el marco de un conflicto armado, siempre que hubiera conocido o podido conocer que iban a ser perpetrados y no hubiese adoptado las medidas necesarias para evitarlo. También se da esta responsabilidad cuando los crímenes ya se han cometido y el superior no los ha castigado ni sometido a las autoridades competentes. Se fundamenta, por tanto, en la responsabilidad penal por omisión de una conducta jurídicamente exigible de conformidad con el derecho internacional.

El principio de responsabilidad del mando se encuentra recogido de forma clara y extensa en el derecho internacional, a través de numerosos preceptos como el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, o la norma 153 de la recopilación de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario de la Cruz Roja (que considera el principio de responsabilidad de mando como una norma de derecho internacional consuetudinario tras su sucesiva aplicación en los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda).

A tenor de la jurisprudencia de la CPI, han de probarse tres elementos de forma cumulativa para determinar la existencia de responsabilidad del superior al mando de aquellas personas que cometieron los delitos¹: en primer lugar, debe haber una relación de subordinación entre ambos. Este requisito, quizá el más importante de los tres, se ha interpretado como la existencia de una capacidad real del superior para controlar los actos de sus subordinados². En segundo lugar, el superior debía saber (o haber tenido, razonablemente, la posibilidad de conocer) que su subordinado iba a cometer el delito o que ya lo había cometido. Por último, el superior debe haber omitido tomar las medidas necesarias para prevenir el crimen o para castigarlo.

Sin embargo, un aspecto fundamental de este principio de responsabilidad del mando en su vertiente internacional consiste en que no solo los miembros formales de las fuerzas armadas pueden ser culpables de los delitos cometidos: también se les puede imputar dicha responsabilidad a civiles, si cumplen el requisito de tener autoridad sobre los perpetradores del delito. En este caso, no solo estarían comprendidos los civiles con autoridad *de iure* (como, por ejemplo, un ministro o presidente³) sino también aquellos con autoridad *de facto* o influencia suficiente como para haber impedido o castigado los crímenes cometidos por las personas que se encontraban bajo su control fáctico.⁴

En este último caso, la relación que se exige entre el superior y el subordinado no se refiere a una subordinación directa derivada de la inferioridad jerárquica en la cadena de mando formal, sino a la subordinación indirecta ante personas que no pertenecen formalmente a dicha jerarquía.

2.1.2 El principio de responsabilidad del mando en el marco legislativo de la JEP y su contradicción con el Derecho Internacional

La responsabilidad del superior no estaba recogida en ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano, ni se había introducido por vía jurisprudencial, hasta el Acuerdo y el Acto Legislativo 01/2017.

¹ Sentencias del caso Celebici y del caso Blaskic, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otras.

² Sentencias del caso Celebici, cit., y del caso Musema (TPI para Ruanda).

³ Se ha imputado responsabilidad del superior por omisión a determinados cargos públicos no militares en las sentencias de casos como *Kayishema y Ruzindana* y *Kambanda*.

⁴ La posible imputación de responsabilidad *de facto* debe analizarse en cada caso concreto. Se aplicó por primera vez por el Tribunal Penal Internacional para el Lejano Oriente en los Procesos de Tokio, contra el general Akira Muto, quien carecía de poderes legales de mando, pero que mantuvo un gran poder fáctico en Filipinas.

En el Acuerdo con las FARC-EP, la definición de responsabilidad de mando se introdujo en la página 152, numeral 44. Tras una modificación unilateral de última hora de la definición de la responsabilidad del superior para los agentes del Estado por parte del presidente Santos, la Fiscalía de la CPI expresó su preocupación al respecto en el Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2016, aduciendo que la nueva definición podría minar la capacidad de la JEP para procesar a los potenciales superiores responsables por omisión.

Al implementar los legisladores el Acuerdo en el ordenamiento jurídico colombiano tampoco resolvieron esas demandas de la CPI. El artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01/2017 establece que, para valorar si una persona incurre o no en responsabilidad del mando, es necesario que concurren una serie de condiciones que permitan entender que el superior estaba en posesión del mando y control efectivo: que la conducta o conductas punibles se hubieran cometido dentro de su área de responsabilidad, que el superior tuviera capacidad legal y material de emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir, que tuviera capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, así como capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir las conductas punibles.

A tenor de la redacción literal de este artículo se entiende, por tanto, que para poder valorar si una persona puede ser condenada por los delitos cometidos por sus subordinados es requisito imprescindible que esta gozara de autoridad *de iure* en Fuerzas Militares y de Policía o en las FARC (es decir, que ostentara un cargo en una de esas organizaciones y que su autoridad derivara de su nombramiento formal).

A pesar de que en el mismo artículo se indica que dicha responsabilidad se debe fundar realmente en el control efectivo de las conductas criminales (cumpliendo así, aparentemente, con el principio de responsabilidad del superior en toda su extensión, tal y como se ha venido aplicando conforme a derecho internacional y como se recoge en el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional), lo cierto es que impone el requisito de que concurren en el superior al mando la capacidad legal y la capacidad material de emitir órdenes.

De esta manera, el artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01/2017 parece reconocer únicamente la responsabilidad del superior si este gozaba de autoridad *de iure* en el ejército o en las FARC en el momento de cometerse los crímenes por parte de sus subordinados, excluyendo cualquier responsabilidad por omisión de aquellos que participaron en el conflicto utilizando su autoridad *de facto*. La fiscal entiende, por tanto, que un tribunal podría verse limitado por este artículo a la hora de imputar responsabilidad del mando a otras personas que participaron de forma activa en el conflicto, pero que no formaban parte del

ejército u otra organización armada, sino que disfrutaban de una autoridad *de facto*.

Aquí radica la contradicción con el derecho internacional, y particularmente con el Estatuto de Roma: como vimos en el apartado anterior, la responsabilidad del mando o responsabilidad del superior por omisión debe poder imputarse a toda persona con autoridad, ya sea de hecho o de derecho, sobre aquellos subordinados que cometieron ilícitos de carácter internacional. Sin embargo, atendiendo a la redacción literal del artículo transitorio 24 del Acto Legislativo 01/2017, en Colombia no se podrá imputar responsabilidad de mando por omisión a personas que participaron activamente en el conflicto si solo tenían autoridad *de facto*, pues no cumplen el requisito de haber tenido también autoridad *de iure* para poder considerar punibles sus omisiones. Aquellas personas con autoridad material para emitir órdenes a unos subordinados cuyos crímenes no intentaron prevenir o no castigaron, podrían quedar fuera del alcance de la justicia por el mero hecho de no pertenecer formalmente a las fuerzas armadas o a las FARC-EP.

Así mismo, hay otros cuatro aspectos del art. transitorio 24 que también preocupan a la Fiscalía de la CPI, tal y como explicó recientemente el fiscal adjunto James Stewart en una conferencia pronunciada en la Universidad EAFIT, en Medellín:

En primer lugar, el art. transitorio 24 establece que la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de los subordinados debe fundarse en el control efectivo de la conducta ilícita que estos llevaron a cabo. Supone un requisito mucho más exigente para apreciar la responsabilidad del superior, pues en derecho internacional únicamente se exige que el superior ejerciera el mando o control sobre sus subordinados (no sobre su concreta conducta criminal).

En segundo lugar, preocupa a la Fiscalía el requisito enunciado en el art. transitorio 24 de que, para apreciar responsabilidad del superior, los delitos se debieron cometer en el área de responsabilidad del mismo. Esto parece imponer, de nuevo, un requisito *de iure*, y supone la exclusión de la responsabilidad de aquellos superiores que realmente tenían poder de control sobre subordinados más allá del área de la que eran formalmente responsables.

En tercer lugar, el último requisito que establece el art. transitorio 24 para determinar responsabilidad del superior también es, en opinión de la Fiscalía, contrario al derecho internacional. El literal d) del artículo indica que el superior debía tener la posibilidad directa de evitar la comisión de los delitos o castigarlos, lo cual parece sugerir que solamente aquellas personas con rango inmediatamente superior a los perpetradores del ilícito pueden ser responsables por los actos de sus subordinados. De nuevo, esto supone una restricción en la

aplicación del principio de responsabilidad del mando, pues conforme al Estatuto de Roma cualquier superior, incluso los de mayor rango dentro de la jerarquía del cuerpo militar en cuestión, puede ser responsable penalmente por omisión del deber de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión o promover su castigo de los delitos cometidos por sus subordinados, independientemente del rango de estos.

Por último, en lo relativo al conocimiento que el superior debía tener de los actos delictivos que sus subordinados iban a cometer o ya habían cometido para poder imputarle responsabilidad en el mando, la frase final del precepto literal d) utiliza una fórmula diferente a las empleadas anteriormente en derecho internacional consuetudinario o en el Estatuto de Roma, al decir que el superior debía haber tenido un conocimiento actual o actualizable de la comisión de los crímenes. El Estatuto de Roma, por ejemplo, establece que el jefe militar será responsable si “hubiere sabido, o en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”. La expresión “conocimiento actualizable”, así, es un concepto jurídico indeterminado que preocupa a la Fiscalía por dar una definición más restrictiva al requisito de conocimiento.

A pesar de todo esto, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional entiende que cualquier pronunciamiento sobre el contenido del art. transitorio 24 del Acto Legislativo 01/2017 carece de verdadero sentido hasta que los jueces de la JEP no empiecen a aplicar toda la legislación relativa a la misma, y especialmente al concepto de responsabilidad de mando, en cuya interpretación deberán tener en cuenta el desarrollo de este principio de derecho internacional consuetudinario.

De esta forma, entiende la CPI, que Colombia no solamente garantizará el cumplimiento de sus obligaciones internacionales como Estado Parte del Estatuto de Roma, sino que también podrá asegurar la efectividad de sus investigaciones y enjuiciamientos a nivel interno. Este escenario sería sin duda del agrado de la Corte Penal Internacional.

2.2 La definición de “graves” crímenes de guerra

Los crímenes de guerra fueron recogidos inicialmente en los Convenios de Ginebra de 1949, las principales normas de Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH). Se producen en el marco de un conflicto armado, y generalmente tipifican conductas graves como el homicidio, la tortura o los tratos inhumanos, penas corporales, agresiones sexuales, apropiaciones de bienes no justificados, etc. Aunque en un principio se establecieron únicamente para los conflictos armados internacionales, el Protocolo II de Ginebra señaló que estos crímenes de guerra se pueden producir también en el marco de un conflicto armado interno. Por otro lado, según al art. 5 c) del Estatuto de Roma,

la Corte Penal Internacional tiene competencia respecto de los crímenes de guerra cometidos en el territorio de alguno de los estados miembros.

Para entender la contradicción con el Derecho Internacional a la que alude la CPI en relación con la definición de “graves crímenes de guerra”, debemos analizar el numeral 40 del Acuerdo Final para la Paz, que establece que “*no serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática -, [...].*”

A pesar de que esta prohibición de amnistiar los crímenes recogidos por el Estatuto de Roma supone un cumplimiento riguroso del mismo y del Derecho Internacional Humanitario, la Fiscalía de la CPI ha reaccionado con preocupación ante el requisito de que los “graves” crímenes de guerra hayan sido cometidos de forma sistemática para no ser amnistiables, sin tenerse en cuenta criterios de gravedad y representatividad.

La Corte Constitucional Colombiana definió el término “sistemático” como el nexo que debe existir entre el delito cometido y el conflicto armado.⁵ Es decir, la sistematicidad⁶ de los crímenes de guerra supone que estos delitos tienen que cometerse en el contexto del propio conflicto, lo cual permite diferenciarlos de hechos ajenos al mismo cuya realización *per se* podría entenderse dentro del concepto de “crímenes de guerra” (por ejemplo, violaciones, robos, asesinatos, etc.), pero que al no producirse en el marco del conflicto podrían ser amnistiados. El requisito de sistematicidad se da en numerosos crímenes de guerra, a tenor de lo dispuesto por la CPI en el informe sobre “Elementos de los Crímenes”⁷, en relación con el art. 8 del Estatuto de Roma. Así, atendiendo al art. 23 de la Ley de 1820/2016, solo se excluyen de la amnistía los graves crímenes de guerra perpetrados “de manera sistemática”.

Sin embargo, tal y como explicó recientemente en una conferencia en Medellín el fiscal adjunto de la CPI James Stewart, la definición de “graves”

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 579 de 2013

⁶ La sistematicidad se encuentra como requisito no solo en los crímenes de guerra sino también en los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, pero en estos últimos casos la definición que se emplea del término para cada uno de ellos es diferente. La propia sentencia C – 579 lo establece así: para los delitos de lesa humanidad este elemento se constituye a través de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y en el genocidio se refiere a la destrucción total o parcial de un grupo protegido siendo estos actos cometidos de forma intencionada por el autor. Nosotros solamente nos centraremos en el concepto de sistematicidad en los crímenes de guerra.

⁷ <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>

crímenes de guerra como “*violaciones al DIH cometidas de forma sistemática*” no es apropiada, puesto que con arreglo al derecho penal internacional la sistematicidad no es un elemento esencial exigido automáticamente para que una determinada conducta delictiva constituya un crimen de guerra. Por ello, la Fiscalía teme que muchos otros hechos delictivos cometidos en circunstancias similares (pero no de manera sistemática) sean amnistiados.

Por su parte, la Fiscalía de la CPI afirma en el párrafo 61 del documento “*Policy Paper on Preliminary Examinations*”⁸ que la valoración del criterio de “gravedad” debe incluir también consideraciones cuantitativas y cualitativas (del 62 al 65): (i) la escala de los crímenes en función del número directo e indirecto de víctimas, a la extensión del daño causado por los delitos, en particular el daño físico y psicológico ocasionado y en la extensión geográfica y temporal; (ii) la naturaleza de los crímenes; (iii) la forma de comisión relativa a los medios empleados, el grado de participación y la intención del agresor, así como la sistematicidad de los hechos como resultado de un abuso de poder etc.; (iv) y el impacto que los crímenes han tenido en la comunidad a nivel social, ambiental y económico. En opinión de la Fiscalía, atender únicamente a la sistematicidad o no de la conducta punible es, por tanto, insuficiente.

Las amnistías implican el perdón o la exculpación de un hecho delictivo eliminando el acto punible con todas las responsabilidades y consecuencias que se originarían tras el mismo. Son vistas como un instrumento necesario para la finalización de un período de guerra y de restitución de la paz y la confianza en el Estado. Sin embargo, el uso incorrecto que se ha hecho de estas leyes ha derivado en una regulación exhaustiva para no dañar ni minimizar los derechos de las víctimas. De esta forma, numerosos organismos internacionales han creado una serie de pautas o directrices que todos los Estados deben tener en cuenta en la creación de leyes de amnistía en caso de que se produzcan graves violaciones de los derechos humanos bajo la sombra de un conflicto bélico. De acuerdo con el DIH y con la política de las Naciones Unidas respecto a las amnistías, estas no se permitirían si: “[...] b) *Interfieran con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo [...]; c) Limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario.*”

Según el Convenio de Ginebra de 1949, los Estados miembros tienen la obligación de realizar una investigación efectiva y enjuiciar los crímenes de guerra que se produjeran en su territorio, así como de aquellos sobre los que recayese su jurisdicción. De esta forma, se les permite acordar las medidas

⁸ https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf

necesarias para lograr un proceso de paz que dé fin al conflicto armado. Debido a ello, las leyes de amnistía han sido utilizadas con ese objetivo tanto en los conflictos armados internacionales (CAI), como en los conflictos armados no internacionales (CANI) – como el que nos ocupa –. El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, establece en su artículo 6.5 que se procurará otorgar las amnistías más amplias posibles. Se entiende que las amnistías suponen un instrumento necesario dentro de la justicia restaurativa. Sin embargo, estas deben regirse acorde a las normas establecidas en el DHI. Así, no se pueden amnistiar delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y cualesquiera otros regulados en diferentes tratados internacionales ratificados por Naciones Unidas. Como añadidura, uno de los principios básicos que se consideran imprescindibles para que una amnistía sea aceptada, es que *“no pueden menoscabar el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos o de crímenes de guerra a un recurso efectivo o reparaciones, ni pueden obstaculizar el derecho de las víctimas o las sociedades a conocer la verdad acerca de esas violaciones”*⁹.

Igualmente, las Pautas de Belfast establecen una serie de normas en lo referente a la creación de amnistías, entre ellas ciertas condiciones necesarias para poder otorgarlas. El informe entiende que dichas cláusulas previas pueden ser fundamentales para garantizar que los derechos de las víctimas son resarcidos: generalmente, la aceptación de estas condiciones implica un acuerdo con el autor del delito, que será más proclive a garantizar una futura consolidación de la paz en el territorio y a la no repetición de los hechos. Las condiciones más significativas que se recogen son: *“[...] b) rendirse y participar en programas de desarme, desmovilización y reintegración; c) participar en procesos de justicia tradicional y restaurativa; [...] f) testificar (pública o privadamente) en una comisión de la verdad, [...]; i) contribuir material y/o simbólicamente a las reparaciones”*¹⁰.

En lo que se refiere a la amnistía colombiana, se encuentra en el marco de la “Jurisdicción Especial para la Paz” (JEP), incluida en el Sistema Integral orientado a la consecución de los diferentes objetivos establecidos en el Acuerdo de Paz. Dicho sistema se compone de varios mecanismos que no actúan de forma individual, sino que están interconectados para ofrecer una respuesta

⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf

¹⁰ Pautas de Belfast http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/TO/331.pdf

integral a las víctimas. Entendemos que, para poder acceder a cualquiera de los mecanismos o beneficios, debe haber una clara aceptación y cumplimiento por parte de los procesados de todas aquellas condiciones establecidas por ley.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, cabe preguntarse si la ley de amnistía colombiana cumple con los requisitos debidos para ser considerada legítima.

En una revisión de la Ley 1820/2016, el IFIT (*Institute For Integrated Transitions*) puso de manifiesto que determinados artículos de la misma podrían poner en riesgo su legitimidad. En su artículo 33 encontramos que la concesión de la amnistía o indulto no exime al responsable del deber de contribuir a la reparación o al esclarecimiento de la verdad. Sin embargo, más adelante del propio artículo, se dice que cuando estas personas rehúsen de una forma *reiterada e injustificada* de sus deberes, podrán perder los derechos que les hayan sido aplicados debido a la JEP. Sin embargo, el artículo 50, referente a los agentes del Estado, solo prescribe una posterior investigación en caso de que estos no cumplan con sus obligaciones.

Por otro lado, en el art. 23 se estarían excluyendo de la amnistía los “graves” crímenes de guerra, que como ya hemos señalado se corresponden con aquellos delitos cometidos de forma sistemática. Esto provocaría la posible amnistía de ciertas conductas que se encuentran bajo la jurisprudencia de la CPI, a pesar de carecer de sistematicidad.

De esta forma, la Ley 1820/2016, relativa a la amnistía, estaría vulnerando el propio Acuerdo de Paz y el Derecho Internacional: además de que solo se tiene en cuenta el aspecto de la sistematicidad, las condiciones para la amnistía no se están estableciendo a priori, como requisito necesario para otorgarla, sino a posteriori, como condición para mantener, en todo caso, los beneficios derivados de la misma. En determinados casos, además, se podría llegar a amnistiar conductas que vulneradoras del Derecho Internacional Humanitario, lo que las haría admisibles ante la CPI por inacción del Estado Colombiano. Por ende, la Fiscalía alberga serias dudas sobre la forma en que se ha planteado la amnistía, lo que supone un obstáculo más en el proceso para alcanzar la ansiada paz.

2.3 La determinación de la participación “activa o determinante” en los crímenes

En el Derecho Internacional se entiende que existe responsabilidad de un tercero cuando este presta un apoyo con un efecto decisivo en la perpetración de los delitos. Es suficiente con que la contribución del tercero sea sustancial, pues es irrelevante si la realizó de forma directa o indirecta, si era imprescindible o no para la comisión del ilícito, o si estaba o no dirigida específicamente a un fin delictivo.

Sin embargo, los requisitos enunciados en el Acto Legislativo 01/2017 para apreciar este tipo de responsabilidad en el marco del conflicto armado en Colombia han dado lugar a pequeñas diferencias y contradicciones con el Derecho Internacional consuetudinario, especialmente en lo relativo a la acción. A continuación, analizaremos cómo se ha introducido la responsabilidad de terceros en la legislación relativa a la JEP, y por qué han aparecido las mencionadas contradicciones o incompatibilidades.

La responsabilidad de terceros que contribuyeron de forma directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto sin pertenecer a ninguna de las organizaciones o grupos armados que participaron en él se encuentra regulada en el artículo transitorio 16 del Acto Legislativo 01/2017. En dicho precepto se dan algunas ambigüedades que pueden hacer que a un tribunal le resulte difícil determinar si se cumple el requisito de “*participación activa o determinante*”. En opinión de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, estas ambigüedades podrían llevar a que se apliquen mecanismos de tratamiento especial (como la renuncia a la persecución penal) a individuos que tuvieron un papel decisivo en la comisión de delitos graves, tanto de manera directa como indirecta o por omisión.

El primer párrafo del artículo transitorio 16 recoge la regla general de la competencia de la JEP sobre terceros: establece que las personas que hubieran contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de graves crímenes en el marco del conflicto armado, incluso sin formar parte de ninguna organización militar o paramilitar, tendrán la oportunidad de acogerse a la justicia Especial para la Paz (JEP). Ello conlleva que podrán someterse a los mecanismos de tratamiento especial que determine la ley (como la ya mencionada renuncia a la persecución penal).

Sin embargo, en el siguiente apartado se recogen excepciones a esa regla general: se excluye a los terceros que participaron de forma activa o determinante en la comisión de un delito grave de la posibilidad de acogerse al tratamiento especial. En este mismo párrafo se recoge que esos delitos serán “*el genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra - cualquier infracción del Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática-, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.*” Por lo tanto, los terceros que participaron de forma activa o determinante en la comisión de alguno de estos delitos no se podrán amparar en los beneficiosos mecanismos de tratamiento especial.

En este apartado surge la primera controversia, en opinión de la Fiscalía: debido a la ambigüedad del lenguaje utilizado, no está claro si dicha exclusión de tratamientos especiales se ideó únicamente para los terceros con un papel más periférico, o incluye a aquellos responsables de delitos graves. Una interpretación excesivamente amplia, que es posible a tenor de la redacción literal del artículo, podría dar lugar a la amnistía también para todos los terceros que tuvieron un papel decisivo en la comisión de los ilícitos más graves contenidos en el Estatuto de Roma, lo cual generaría, a su vez, una incompatibilidad con el Derecho Internacional consuetudinario.

El segundo problema es interpretar qué se entiende por participación determinante. En el artículo transitorio 16, apartado segundo, se recoge una definición de la participación determinante: “*se entiende por participación determinante para estos efectos aquella acción eficaz y decisiva en la realización de los delitos enunciados*”. La Fiscalía de la CPI considera que esta definición es bastante imprecisa y plantea, al menos, dos dudas en cuanto a su interpretación:

En primer lugar, a tenor del artículo transitorio 16, solamente podría ser determinante la participación a través de una acción, no a través de una omisión. Sin embargo, en el Derecho Internacional consuetudinario hace ya mucho tiempo que las responsabilidades por comisión y por omisión se han equiparado: únicamente se debe atender a la contribución, valorando si es lo suficiente grave como para imputar a un tercero una responsabilidad penal. Para estimarla tendremos en cuenta los hechos, independientemente de si fueron cometidos de forma directa o por omisión. Se entiende que hay omisiones que son lo suficientemente graves, al tener como resultado graves perjuicios. Por lo tanto, sería contrario al Derecho Internacional conceder beneficios a los terceros que, mediante una o varias omisiones, participaron en la comisión de delitos graves. Esta puntualización es relevante, pues el artículo transitorio 16 indica que no se concederán amnistías a las personas que hayan tenido una participación activa en los delitos graves. Por ello, en función de que se considere a las omisiones como una forma de participación activa o no, los delitos cometidos por omisión por parte de terceros podrán ser amnistiables, o no.

En segundo lugar, la definición del art. trans. 16 de la participación determinante establece que las acciones cometidas deben ser eficaces y decisivas. Es decir, para estar potencialmente sujetas a persecución penal, las contribuciones del tercero para la comisión del delito deben ser “eficaces y decisivas”. Si bien la ausencia de una definición de acciones “eficaces y decisivas” inquietó a la Fiscalía de la CPI (pues sería necesaria para determinar el alcance de los beneficios especiales y la sujeción a la Justicia Espacial para la Paz), se ha optado por atender al artículo 61.3 del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz, que establece ejemplos de conductas que

se podrán considerar como determinantes: *“se consideran participaciones determinantes, entre otras, el desarrollo o promoción de empresas que tengan como su único o principal propósito la conformación de grupos armados al margen de la ley, y el desarrollo de actividades de colaboración o de actuación conjunta con grupos armados al margen de la ley.”*

Sin embargo, se da el inconveniente de que dicho proyecto de ley se refiere solo a personas jurídicas, por lo que hace una interpretación muy restrictiva de su responsabilidad que puede provocar que la persecución penal se lleve a cabo únicamente en casos muy concretos. Además, este proyecto de ley podría generar otra contradicción con el Derecho Internacional, además de una laguna en el derecho interno: según la redacción literal del proyecto, solo cabrá castigar penalmente a personas jurídicas cuyo objeto principal sea ayudar o apoyar a grupos armados, quedando impunes aquellas que, aunque estén apoyando a esos mismos grupos con sus acciones, no sea este su objeto principal.

Conforme al art. trans. 16, además de determinante, para excluir la aplicación de cualquier tratamiento especial para los terceros que hubieran participado en la comisión de delitos graves se exige que su participación fuese activa. El art. trans. 16 no ofrece una definición de “participación activa”, lo que obligará a los tribunales de la JEP a acudir al Código Penal Colombiano para poder apreciarla. Dicho código hace referencia a los conceptos de acción y omisión, pero no contiene definición alguna de la participación activa o pasiva. Si bien podría parecer razonable que los tribunales interpreten “participación activa” como “contribución por comisión”, realmente esto podría llevar a resultados injustos (por ejemplo, se excluiría automáticamente de recibir tratamientos especiales a todos aquellos terceros cuya participación no fue determinante, si el tribunal interpreta que, en cambio, sí fue activa conforme a las leyes penales).

También existe el riesgo de que se interprete que para haber “participación activa” es necesaria una participación física o directa, y dicha interpretación sería incompatible con el Derecho Internacional consuetudinario.

Así, aclarar el alcance del art. trans. 16 es de vital importancia para que la JEP pueda investigar y procesar a todos aquellos que contribuyeron a la comisión de delitos graves, independientemente de si lo hicieron de forma directa, indirecta o por omisión, para evitar una situación de impunidad.

2.4 La implementación de las sanciones que conlleven “restricciones efectivas de libertades y derechos”

El último de los aspectos del marco legislativo de la Jurisdicción Especial Para la Paz por los que la Corte Penal Internacional podría llegar intervenir es el referente a la implementación de sanciones que involucren “restricciones

efectivas de libertades y derechos” tal y como aparece descrito en el punto número 60 del Acuerdo, y que aparecen establecidas en el artículo transitorio 13 del Acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017.

Pese a que en el citado artículo se asegura que las sanciones que se impongan “*tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz*” y que “*deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad*”, la Fiscalía de la CPI entiende que para ello será necesario que las sanciones, en todas sus tipologías y especialmente la propias, deben imponerse de modo que el cumplimiento y la verificación de las mismas respete la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito cometido. Además, debe asegurarse la no victimización y la reparación, especialmente al aplicar sanciones propias, pues entre estas no estará la pena privativa de libertad, a diferencia de las sanciones alternativas y ordinarias.

Cuando se cometen acciones ilícitas contempladas en los códigos penales (entre ellos, el colombiano) vulneradoras de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario contenidos en convenios internacionales, se ha de tener en cuenta que no surgen únicamente responsabilidades para los propios actores, sino también para los Estados en los cuales se producen dichas conductas. Así, Colombia, escenario de un conflicto que ha perdurado durante gran parte de su historia reciente, ha de cumplir con el deber de hacer efectivos los derechos de las víctimas mediante una serie de mecanismos que permitan diferenciar las medidas de sanción de las de reparación, “*para evitar críticas y riesgos de reapertura, investigación o acción por esos u otros órganos o terceros Estados (...) Esto es especialmente importante incluso si el derecho interno no prohíbe o no sanciona un comportamiento contrario al derecho internacional, los órganos internos o internacionales que apliquen aquel derecho pueden castigar la comisión de aquella conducta*” (Carrillo Santarelli, 2016).

A pesar de que el Acuerdo de Paz se fundamenta en una justicia más reparadora que retributiva, la flexibilización de las sanciones se entiende legítima únicamente si se sigue garantizando la protección de los derechos humanos y prevenir su vulneración. Este debate surge, por ejemplo, al contemplarse la existencia de sanciones por las que las penas máximas de prisión alcanzarían hasta los ocho años cuando el presunto culpable reconozca su participación de forma tardía. A tenor del art. 77 del Estatuto de Roma, en caso de cometerse crímenes de lesa humanidad, de guerra o de genocidio, se insta a tomar medidas de reclusión que pueden ser de hasta treinta años o incluso a perpetuidad. Por lo tanto, pese a que en ese sentido el Acuerdo se ubica dentro de los estándares internacionales, al no establecer estos un límite mínimo ni máximo en las sanciones, la enorme diferencia entre la cantidad de años de privación de libertad

que recomienda el Estatuto de Roma por la comisión de delitos internacionales graves y la cantidad máxima de 8 años que aplicará la JEP, puede llegar a generar dudas acerca de si esas sanciones conllevarán una restricción de libertades y derechos suficiente como para cumplir adecuadamente los objetivos de la pena y producir una reparación en la víctima.

Ahora bien, a la hora de buscar una reparación «integral» para las víctimas, hay que tener en cuenta que esta no solo se producirá mediante la imposición de sanciones como respuesta a las violaciones de sus derechos humanos, sino que, al mismo tiempo, los tribunales deben adoptar medidas que propicien la reparación, la prevención y la protección de las víctimas. En este sistema de justicia restaurativa, las alternativas a la sanción penal constituye un mecanismo que fomenta y facilita la paz provocando que el victimario se comprometa a contribuir a la restauración de su víctima mediante la realización de determinadas acciones o trabajos. No obstante, para que dicha reparación sea efectiva, dada la gravedad de los delitos, es primordial respetar el carácter irrenunciable de la investigación, la tipificación de todos los ilícitos y la protección efectiva de los bienes jurídicos afectados. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera que *“la superación de la situación de impunidad respecto de las violaciones de derechos humanos y el fortalecimiento de los mecanismos de acceso a la justicia, garantías judiciales y protección judicial son indispensables para garantizar la sostenibilidad y el éxito de la implementación de algunas políticas de reparación, tales como la restitución de tierras”*¹¹.

Respecto de esta cuestión el fiscal adjunto de la CPI James Stewart también se pronunció recientemente en una conferencia en Medellín: en su opinión, la forma en que se cumplen las sanciones refleja la intención de llevar a cabo un enjuiciamiento efectivo de los presuntos delincuentes, y una manera de facilitarlos es respetando de la mejor manera posible el sistema de justicia penal internacional. Así, para que las sanciones impuestas durante el Proceso de paz logren el objetivo fundamental de «verdad, justicia y reparación» resulta ineludible, o al menos muy conveniente, ajustarse al Estatuto de Roma, aunque sin dejar de lado las circunstancias concurrentes en cada caso.

Como bien se sabe, el debate acerca de la disminución o flexibilización de las penas está al orden del día en muchos estados, con numerosas posiciones tanto en contra como a favor. Atendiendo a la gravedad de los crímenes cometidos y a los bienes jurídicos protegidos en el contexto que nos concierne, cabría preguntarse

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación. (2013). Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf>

si los objetivos que se pretenden son alcanzables mediante sanciones de tan pequeño calibre. De acuerdo con la Fiscalía, ello es concebible siempre que se cumplan una serie de condiciones irrenunciables como la desmovilización y el esclarecimiento de los hechos. Ello justificaría estas sanciones atenuadas, siempre y cuando su cumplimiento se verifique mediante una cautelosa tutela por parte de la propia JEP.

Desde Human Rights Watch, el 8 de octubre de 2017, también se expresó la preocupación acerca de esta cuestión de restricción efectiva de libertades y derechos¹². Para la organización de Derechos Humanos existen todavía lagunas y ambigüedades sin resolver, como en lo relativo al “lugar de residencia” de los sancionados (al no haberse establecido nada sobre dicho asunto, no se sabe si podrán desplazarse fuera del mismo durante las horas en las que no estén llevando a cabo tareas restauradoras). Así mismo, tampoco se ha esclarecido qué pasará para aquellos sancionados que han confesado, pero que incumplen las condiciones fijadas por el tribunal para otorgarles la amnistía o una pena reducida. A los vacíos normativos señalados anteriormente se suma otro relacionado con los miembros de la Fuerza Pública condenados, que deberán fijar su residencia “*en Unidades Militares o Policiales cercanas al lugar de cumplimiento de la sanción, durante los días en que esta se cumpla*”. No se especifica cómo se llevará a cabo el control sobre ellos cuando no estén cumpliendo sus sanciones y puedan dejar su residencia. En cualquier caso, la realización de actividades que no forman parte propiamente de la sanción (como, por ejemplo, la participación en política) no debe frustrar el objeto ni el fin de la pena.

3. Necesidad de la adecuación del ordenamiento jurídico colombiano a las exigencias de la CPI como medio para garantizar los objetivos de la JEP

En muchos países se está produciendo un cambio de paradigma en el ámbito del Derecho Penal, con el paso de una justicia retributiva a una restaurativa. Mientras la primera limita los actores que intervienen en la resolución del conflicto creado a raíz del hecho punible, la segunda incluye a la víctima y a su comunidad, lo cual supone un factor determinante para alcanzar la cohesión social. En este sistema no se concibe una relación bidireccional Estado-victimario, sino una relación mucho más compleja y garantista para la víctima y la sociedad. “*La justicia restaurativa no es justicia de pequeñas causas o para delitos cometidos por menores, como tampoco es un proceso abreviado, es una*

¹² <https://www.hrw.org/es/news/2017/10/08/colombia-debe-corregir-defectos-de-legislacion-de-justicia-transicional>

visión y una posición radical y diferente del derecho penal tradicional” (Márquez Cárdenas, 2007).

De hecho, la Justicia Restaurativa no solo persigue involucrar a todos los integrantes de un conflicto de manera activa, sino que va más allá. Busca la restauración de la equidad social, de los valores morales y de la dignidad de las personas. Alcanzar estos fines conlleva la reflexión por parte de todo el país acerca del daño sufrido y el conflicto, la respuesta al delito y la forma idónea de resolución de conflictos en el marco social. El presente mecanismo busca como fin último la verdad. Una verdad que conducirá a la paz.

Por otro lado, también podríamos afirmar que se está planteando una nueva forma de medir el éxito alcanzado por un Estado mediante su política criminal (y en su labor de proteger a la sociedad). La variable más significativa pasa a ser el daño subsanado y no tanto la cuantía de la pena impuesta al delincuente.

El nuevo paradigma busca romper con la tradicional identificación de castigo con venganza. Estamos ante una nueva corriente de Derecho Penal que llega tras haber comprendido que el endurecimiento de las penas no reduce la criminalidad (probablemente como consecuencia de la paradoja que supone enseñar a vivir en libertad privando de la misma¹³), y en la que se pone el foco sobre la reparación de las víctimas.

“La pena privativa de libertad, como única respuesta al delito, ha fracasado en numerosas ocasiones” (Márquez, 2007).

Un modelo de justicia apoyado en el castigo y la venganza como respuesta del Estado supone que los delincuentes sean etiquetados socialmente como tal, lo que les lleva a sufrir una doble condena –penal y social–. El poder de las etiquetas, además, va más allá: da lugar a generalizaciones que se traducen en prejuicios que desvirtúan el valor personal de los delincuentes y provocan una fractura social e, incluso, la aparición de subculturas. En cambio, el modelo de justicia restaurativa *“confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes”* (Márquez Cárdenas 2007).

Esta cuestión no es importante únicamente desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, sino que es muy relevante también a ámbito individual de cada víctima. A pesar de que desde el campo de la Victimología nos advierte de que el proceso de desvictimización es muy complejo debido a su multi-causalidad¹⁴, también reconocen los beneficios de la reparación del daño y el restablecimiento de un estilo de vida saludable para las víctimas con el fin de

¹³ Véanse los datos del sistema implementado, por ejemplo, en Noruega y sus resultados.

¹⁴ En este proceso las actitudes de la víctima son un aspecto relevante. Unidas a las características personales, dentro de las cuales destaca, por su impacto en el proceso, la

promover su absoluta recuperación en los ámbitos personal y social, un objetivo que encaja a la perfección con los principios de la Justicia Restaurativa.

¿Cómo conducir a las víctimas por el camino de la recuperación? Lo primero que debemos tener en cuenta es que la sociedad tiene una obligación – no se trata de una mera cuestión de caridad – de asumir una solidaridad activa con estas personas a las que no ha sabido o no ha podido proteger, tal y como sugiere el Sistema de Justicia Restaurativa. Podemos afirmar que *“el grado moral de una sociedad podría medirse por el trato dado a las víctimas”* (Odriozola y Sáez, 2015).

“Los sucesos traumáticos generan terror e indefensión” (Odriozola y Sáez 2015). La víctima se encuentra en una situación emocional que, generalmente, no sabe afrontar con sus recursos psicológicos habituales. Al igual que el proceso de desvictimización de cada persona es multicausal, también lo es el proceso de victimización. Con todo, podemos hablar – más allá de un cuadro clínico concreto – de sentimientos de humillación y quiebra de la sensación de seguridad y de confianza en los demás. Esta percepción de degradación, unida al recuerdo del daño, a menudo provoca un sentimiento de venganza. Y a la venganza, al igual que al odio, la caracteriza su insaciabilidad. Este rencor u odio enquistado¹⁵, generalmente, no llega a los victimarios: afecta principalmente a las capacidades cognitivas, afectivas y conductuales de la víctima. Vivir en el odio supone vivir anclado en el pasado, lo que conlleva una permanente insatisfacción con la vida y un empobrecimiento personal, pudiendo agravarse hasta la ansiedad y la depresión.

Resulta obvio decir que este no es el mejor escenario para comenzar la reconstrucción de un país. *“La renuncia al deseo de venganza es una inevitable obligación social, pero la negación de su necesidad psicológica es una segunda agresión”* (Odriozola y Sáez, 2015).

El camino de la renuncia pasa por el perdón, pero el perdón no es justicia, sino generosidad. Nadie (ni siquiera el Estado) tiene derecho a reclamar su perdón al ofendido. Lo que el Estado tiene es la obligación de hacer uso de todos los mecanismos a su disposición para facilitar la demanda de perdón y el reconocimiento del daño causado por parte del agresor – o de los agresores –.

Hemos hablado de los efectos del rencor el ámbito social e individual, y mencionado el papel de la sociedad en el perdón. Ahora es el momento de analizar, brevemente, el valor del perdón a nivel individual. Perdón es sinónimo de liberación: la persona que perdona ve disminuido su grado de resentimiento

resiliencia. Se trata de la capacidad personal de afrontar acontecimientos traumáticos de la forma más saludable posible.

¹⁵ El odio es un mecanismo adaptativo negativo y es motor para la acción humana, pero nunca llega a satisfacerse.

y, con ello, los sentimientos, comportamientos, pensamientos y actitudes negativas. No se trata de olvidar, sino de tener una memoria sin ira. Una memoria que cierra las heridas.

Incluso podemos ir más allá y afirmar que *“a un nivel filogenético, la tendencia humana a perdonar es una cualidad genética favorecida por la fuerza evolutiva de la selección natural porque permite a los miembros de nuestra especie hacer las paces con el ayer, reponerse y perpetuarse.”* (Odriozola y Sáez 2015).

Sobre esta base científica y psicosocial es sobre la que se asienta el Sistema de Justicia Restaurativa¹⁶.

A modo de resumen, podríamos decir que el mejor camino para la reconstrucción de un país no es la venganza o el odio, sino el perdón. La función del Estado es mediar y poner en marcha todos los mecanismos a su disposición para que se produzca. El punto de partida de este camino podría ser la justicia restaurativa. Para llegar a este tipo de justicia se hace necesario, sin embargo, el uso de otros mecanismos, como la discriminación positiva –aunque quizá no en su acepción tradicional–. Ambos, justicia restaurativa y discriminación positiva, sirven al mismo fin: una paz estable y duradera, la reconstrucción de la cohesión social en Colombia y el bienestar general.

Sabemos que la Justicia puede resolver cuestiones aparentemente iguales de diferentes maneras – a pesar del principio de igualdad en la aplicación de la ley – siempre que se justifique que esa discriminación es razonable: bien porque logrará una igualdad material en un determinado ámbito (y no sólo en apariencia), bien por causa de un particular contexto, o por un cambio de perspectiva debidamente motivada. Este hecho viene reflejado en la doctrina y la jurisprudencia comparada¹⁷.

El uso de la discriminación positiva se daría por alguno de estos motivos. Claro que el fin último del uso de la acción positiva es la igualdad¹⁸ efectiva en

¹⁶ A modo de ejemplo –siempre salvando las distancias comparativas-, en España se implementó la Vía Nanclares en el año 2009 para reconciliar a aquellos terroristas de la banda armada ETA con las víctimas.

¹⁷ Fallo del Tribunal Constitucional español en sentencia 49 de 1982: *“La regla general de igualdad ante la ley...contempla, en primer lugar la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del Poder Legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”*.

¹⁸ Si atendemos a las Directivas de la normativa comunitaria sobre acción positiva podemos observar como existe una amplia amalgama de denominaciones de la igualdad (Unzueta, 2003).

la sociedad de aquellos grupos que tradicionalmente se han visto discriminados (este no es el caso de los grupos armados Colombia). Aunque la interpretación del término discriminación positiva no se ha hecho exactamente de igual forma en todos los ordenamientos jurídicos, ni en todos los contextos históricos y sociales¹⁹. En los preceptos legales que definen las medidas positivas se incluye también la finalidad de una mayor integración social –sin perjuicio de que siguen refiriéndose a aquellos grupos que se encuentran marginados –. Por tanto, parece deseable el uso de esta especie de “discriminación positiva”, aplicando sanciones más favorables a aquellos que participaron en el conflicto armado, para lograr un fin último tan importante como igualdad: la paz y la integración social. Ambos objetivos (la igualdad y la paz) no son tan distantes, pues buscan un mismo fin de armonía social. Al cambiar el objetivo que se persigue con la acción positiva, cambian también los destinatarios de la misma, pasando de ser aquellas personas tradicionalmente marginadas a aquellos que participaron en el conflicto. La discriminación inversa tiene, evidentemente, un carácter transitorio,²⁰ al igual que la JEP: una vez alcancen la reconstrucción del país, ambas deberán desaparecer.

La discriminación positiva encuentra, sin embargo, un aparente límite en Derecho: el principio de igualdad ante la ley. Como ya hemos mencionado anteriormente con el término “acción positiva”, este principio de discriminación positiva ha contado con hasta siete acepciones distintas a lo largo de su propia historia. “*La acepción originaria (aunque siempre incumplida) sería la de indiferenciación legal entre las personas (el no hacer distinciones o clasificaciones entre ellas), mientras que la más novedosa sería la relativa a la prohibición de la diferenciación arbitraria o injustificada de las personas (“discriminación”) atendiendo a determinados criterios de diferenciación o clasificación (la raza, el sexo, la religión, etc.)*.” (Unzueta 2003). Teniendo en cuenta esta última acepción, la redefinición del concepto de discriminación positiva tendría cabida en la Constitución, pues su fin último es la búsqueda del bienestar social.

Nos encontramos ante una sociedad violentada durante más de 50 años que merece la paz. Por tanto, primar la reparación ante la venganza supone comenzar la reconstrucción de la cohesión social.

¹⁹ *En el Derecho norteamericano las <<afirmative action>> han sido conceptualizadas por la Comisión Norteamericana de Derecho Civiles, como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro”.*

²⁰ Al perseguir el objetivo de la igualdad, la discriminación positiva permanecerá mientras dure la desigualdad inequitativa.

Conclusiones

Una vez analizadas las causas que han llevado a la Fiscalía de la CPI a detectar estas contradicciones entre el marco legislativo de la JEP y el Derecho Internacional, procedemos a proponer algunas soluciones que podrían poner fin a esta controversia, permitiendo así la puesta en funcionamiento de la JEP de la manera más exitosa y sin incurrir en contradicciones entre normas de Derecho interno colombiano ni entre este y el Derecho Internacional.

Respecto del primer problema planteado, el relativo a la definición de responsabilidad del mando en el Acto Legislativo 01/2017, la solución pasaría por una mera modificación del doble requisito de que los superiores “tuvieran capacidad legal y material de emitir órdenes” por el de que “tuvieran, al menos, capacidad material para emitir órdenes”, y eliminar el requisito de que “los crímenes se cometieran dentro del área de responsabilidad asignada”. De esta forma no cabría excluir de la responsabilidad del superior a aquellos que participaron en el conflicto por medio de una autoridad *de facto*, incluso áreas que no les correspondían formalmente. También sería conveniente eliminar el requisito de que el superior tuviera “capacidad directa” para poder apreciar su responsabilidad, pues cualquier superior de cualquier rango debe poder ser encontrado responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados. Por último, la Fiscalía de la CPI vería con buenos ojos una definición del término “conocimiento actualizable”.

En relación con segunda cuestión, la definición de “graves” crímenes de guerra, la Fiscalía de la CPI quedaría satisfecha con la introducción de los criterios cuantitativos y cualitativos para la determinación de la gravedad, y la eliminación del requisito de que fueran cometidos de forma sistemática. Respecto de las amnistías, en nuestra opinión estas deben ser condicionadas de forma previa a la contribución de los beneficiarios a la paz y al resarcimiento de las víctimas. Ello contribuiría a una mayor garantía de reparación de los daños ocasionados a las víctimas.

En lo relativo al tercer problema planteado, la determinación de la participación “activa o determinante”, creemos fundamental esclarecer a qué terceros se excluye de la aplicación de mecanismos de tratamientos especiales, para que no puedan disfrutar de los mismos aquellos que tuvieron un papel fundamental en la comisión de graves delitos. Además, sería conveniente introducir definiciones de “participación activa” y de “acciones eficaces y decisivas” para que un tribunal pueda interpretar si hubo participación activa o determinante de acuerdo con el Derecho Internacional, y sin dar lugar a posibles injusticias.

Por último, respecto de la última gran contradicción señalada por la CPI (la relativa a la imposición de sanciones que conlleven restricciones efectivas

de derechos y libertades) creemos que, aunque las sanciones pueden ser flexibilizadas –y, en cumplimiento del Acuerdo de Paz, deben serlo–, estas deben seguir respetando los estándares recomendados por el Derecho Internacional. “*Si se ignora el Derecho Internacional se dará un grave cuestionamiento que llevará a nuevas investigaciones y eventuales sanciones, en tanto que los crímenes internacionales no prescriben. Si no ha habido una justicia efectiva, es decir, si se da la impunidad de crímenes internacionales o son castigados de forma no proporcionada, hay cosa juzgada aparente o fraudulenta, y no se prohíbe un nuevo juicio de la misma conducta*”. (Carrillo Santarelli, 2016).

Igualmente, hicimos referencia a la necesidad de superar este obstáculo para proceder a la aplicación de la JEP, un modelo de justicia restaurativa que creemos tendrá unos efectos muy positivos sobre las víctimas y todos los agentes que participaron en el conflicto, y que logrará en último término reconstruir la cohesión social y el advenimiento de una paz estable y duradera.

Como decíamos al principio del trabajo, los informes de la Fiscalía de la CPI no solo apuntan a posibles contradicciones entre el marco legislativo de la JEP y el derecho Internacional, sino que existe el riesgo de que surja un auténtico conflicto entre normas del propio ordenamiento jurídico colombiano (pues los tratados internacionales ratificados por Colombia en materia de DDHH y DIH pasan a formar parte del bloque de normas constitucionales). En cualquier caso, y a pesar de que en ocasiones puede resultar complicado, cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho Internacional es un indicador más de la calidad democrática y la confiabilidad de un estado. Por ello, este semillero anima a Colombia a seguir progresando en la construcción de la paz al mismo tiempo que demuestra su capacidad para cumplir con sus obligaciones internacionales, y estamos convencidos de que lo logrará.

Referencias bibliográficas

ALCALÁ, H.N. “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”. *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Norte, Facultad de Ciencias Jurídicas: 2016, vol. 13, núm. 2, pp. 61-100.

Amnistías y Derecho Internacional Humanitario: objetivo y ámbito de aplicación. ICRC, 2017.

CARRILLO, N., “*Sanciones’ alternativas y justicia transicional con las FARC en Colombia ¿eufemismo o modelo legítimo?*”. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, 2016, núm. 4.

Colombia. Ley de Disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. *Presidencia*, 30 de diciembre de 2016, núm. 1820, p. 28.

FISCALÍA DE LA CPI: *Escrito de Amicus Curiae sobre la jurisdicción especial para la paz, ante la Corte Constitucional de la República de Colombia*. 18 de octubre de 2017. Referencia: RPZ-0000001 y RPZ-003.

GOEBERTUS, Juanita. *Intervención en los procesos de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 (Expediente RPZ – 001) y del Decreto 277 de 2017 (RDL – 006)*. Institute For Integrated Transitions, 2017.

GUTMAN, R.; RIEFF, D. *Crímenes de Guerra. Lo que debes saber*. Random House Mondadori, S.L, Barcelona, 2003, pp. 141-147.

HERNÁNDEZ GALINDO, J.G., “Terminaron para Colombia los siete años de salvedad”, *Revista Razón Pública*, 2009.

KITTICHAISAREE, K.: *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 254-258.

LLORENS BORRÁS, JOSÉ A. *Crímenes de guerra*, Acervo, Barcelona 1973.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Á. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y valores*: 2007, vol. 10, núm. 20, pp. 201-212.

ODRIOZOLA, E.E; SÁEZ, M.S.C. “De ser víctima a dejar de serlo: un largo proceso”. *Revista de victimología*. 2015, núm. 1, pp. 83-96.

OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck: *La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*. Polít. crim. Vol. 13, N° 25 (Enero 2018) Art. 12, pp. 444-500.

PILLAY, Navanethem. *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2009.

PRIETO SANJUÁN, R.A. *Crímenes de Guerra. Infracciones y violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario*, Ibañez, Bogotá – Colombia, 2010, pp. 31-33.

RETTBERG, A. “Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional”, *Idrc*, 2005.

STEWART, James: *El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia*. Conferencia en la Universidad EAFIT de Medellín, 2018.

UNZUETA, M.A.B. “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo análisis teórico – conceptual”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*: 2003, núm. 9, pp. 2 – 27.

HERNÁNDEZ GALINDO, J.G., “Terminaron para Colombia los siete años de salvedad”, *Revista Razón Pública*, 2009.