

LÍMITES Y RETOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. Introducción

- Las exigencias nacionales e internacionales frente al juzgamiento de ciertos crímenes especialmente graves y de cara a la satisfacción de los derechos de las víctimas de estos hechos son cada vez más altas.
- Tratándose de ciertos crímenes internacionales y especialmente de ciertos responsables, la experiencia ha demostrado que la comunidad internacional no admitiría una amnistía general e incondicionada, independientemente de la motivación política de los actores que hayan cometido estos crímenes.
- Cualquier diseño de justicia transicional que no tenga en cuenta estos elementos muy probablemente sería tomado por la comunidad internacional como una amnistía *de facto*, y generaría mucha presión por parte de la Corte Penal Internacional para conocer de casos de Colombia e incluso presión para la activación de la jurisdicción universal.¹
- Teniendo en cuenta esta situación, el presente documento pretende mostrar cuáles son los estándares nacionales e internacionales que hoy establecen los límites de lo que podría ser una estrategia integral de justicia transicional.

2. La responsabilidad internacional del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH y las graves infracciones al DIH:

- El sistema internacional de derechos humanos impone a los Estados la obligación de investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones a los DDHH,² así como de sancionar los delitos de genocidio³ y tortura,⁴ y las infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario⁵. Adicionalmente los Estados tienen la obligación de condenar a los responsables a penas apropiadas.⁶

¹ Cherif Bassiouni afirma que la jurisdicción universal "has become the preferred technique by those seeking to prevent impunity for international crimes". En *Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice*. Virginia Journal of International Law, 2001. La jurisdicción universal se ha utilizado en casos como el de Bélgica, país que acusó al Ministro de Relaciones Exteriores del Congo, Mr. Abdoulaye Yerodia Ndombasi por el genocidio en el Congo y el conocido de caso de Pinochet.

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. "Artículo 2. (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (...)."

³ Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948): "Artículo V. Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III."

⁴ Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984): "Artículo 4 -1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. 2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad. (...) Artículo 6 - Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el periodo que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos."

⁵ Convenio de Ginebra (1949): "Artículo 49 - Sanciones penales: I. Generalidades. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. (...) Artículo 50 - II. Infracciones graves. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente. (...)"

⁶ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Comisión de DDHH de la ONU (2005): "PRINCIPIO 1. La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones [comprende graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y

- Igualmente, el sistema interamericano de derechos humanos impone al Estado colombiano las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los DDHH.⁷
- Al respecto la Corte Interamericana de DDHH ha interpretado que de la Convención se desprende la incompatibilidad entre las auto-amnistías y las amnistías generales por graves violaciones a los derechos humanos y la Convención Americana. Según ésta “Las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de [la Convención], pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1. y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos. En especial, las leyes de amnistías (...) violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos.”⁸
- La Corte también ha interpretado que aún cuando las amnistías de graves violaciones a los derechos humanos sean refrendadas popularmente, éstas no son aceptables bajo la Convención Americana⁹. La Corte incluso ha llegado a ordenar a los Estados que modifiquen sus constituciones por considerar que algunas disposiciones son contrarias a la Convención Americana.¹⁰
- Todas estas disposiciones permiten concluir que el Estado colombiano está obligado a investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH, y a sus responsables, independientemente de la motivación política de quien haya cometido tales violaciones. La consecuencia de tal obligación es que las Cortes internacionales le pueden ordenar al Estado colombiano investigar penalmente a los individuos que hubiesen sido responsables por tales tipos de violaciones e infracciones.

la esclavitud], adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones. (...) PRINCIPIO 19. Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.”

⁷ Convención Americana sobre DDHH, “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.(...)” Convención Americana sobre DDHH, “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Convención Americana sobre DDHH, “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Convención Americana sobre DDHH, “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)” Convención Americana sobre DDHH, “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)” Convención Americana sobre DDHH, “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (...)”

⁸ Corte Interamericana de DDHH, *Gelman c. Uruguay*, 2011. Ver también los casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta* en Perú, *el caso Almonacid Arellano* en Chile, y el caso *Gomez Lund y Otros* en Brasil.

⁹ Corte Interamericana de DDHH, *Gelman c. Uruguay*, 2011.

¹⁰ *Caso Almonacid Arellano* en Chile

- Sin embargo, no debe olvidarse que además de estas obligaciones, a la luz de la jurisprudencia interamericana el Estado colombiano también está obligado, entre otros, a garantizar la no repetición de las violaciones de derechos humanos¹¹; esclarecer la *verdad* de los hechos ocurridos¹² en el entendido de que el derecho a la verdad es un derecho no sólo individual sino que le pertenece a la sociedad en su conjunto¹³; garantizar la seguridad y mantener el orden público¹⁴, y propender por la reconciliación¹⁵.
- Adicionalmente, a nivel de *soft-law* (ya plenamente incorporado a nuestro ordenamiento constitucional y legal) hoy es reconocido que las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. (Ver fichas sobre cada uno de estos derechos)

3. La responsabilidad penal individual de quienes hayan cometido crímenes internacionales:

- El Estatuto de Roma consagra como crímenes internacionales el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra (ver documentos sobre cada uno de estos conceptos).¹⁶ Según este

¹¹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250 párr. 257; Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252 párr. 305.

¹² La Organización de Naciones Unidas ha reconocido la importancia de la determinación de la verdad con respecto a las violaciones manifiestas de los derechos humanos para la consolidación de los procesos de paz y reconciliación. Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución respecto a las personas desaparecidas en Chipre de 9 de diciembre de 1975, 3450 (XXX), Preámbulo; Resolución respecto de la situación de los derechos humanos en El Salvador de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/149, Preámbulo y párr. 4; Resolución sobre la situación de los derechos humanos en Haití de 29 de febrero de 2000, A/RES/54/187, párr.8; Resolución sobre la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala de 28 de enero de 2003, A/RES/57/161, párr. 17; Resolución sobre asistencia para el socorro humanitario, la rehabilitación y el desarrollo de Timor Leste de 13 de febrero de 2003, A/RES/57/105, párr. 12; Resolución sobre la promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo de 19 de setiembre de 2008, A/HRC/9/L.23, Preámbulo; Resolución sobre la Proclamación del 24 de marzo como Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas de 23 de junio de 2010, A/HRC/RES/14/7, Preámbulo; Resolución sobre el Derecho a la Verdad de 12 de octubre de 2009, A/HRC/RES/12/12, párr. 1; Resolución sobre Genética Forense y Derechos Humanos de 6 de octubre de 2010, A/HRC/RES/15/5, Preámbulo; Resolución sobre el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de 26 de septiembre de 2011, A/HRC/18/L.22, Preámbulo, y Resolución sobre el Derecho a la Verdad de 24 de septiembre de 2012, párr.1.

¹³Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 76 y 77; Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252 párr. 298. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 37/00 del 13.04.2000. Pág. 148.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150. párr. 70; Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20. párr. 75; Corte IDH. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5. párr. 162; CORTE IDH. *Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complejo do Tatuapé" de FEBEM*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte de 30 de noviembre de 2005, Considerando decimosegundo.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párrs. 42 y 45, y Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

¹⁶ Según los artículo 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma, estos delitos comprenden las siguientes conductas:

Genocidio: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."

Crímenes de lesa humanidad: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Crímenes de guerra: "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de

instrumento, la Corte Penal Internacional tiene competencia para investigar y juzgar a las personas que hayan cometido este tipo de delitos, cuando el Estado parte no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o no pueda realmente hacerlo (Art. 17).

- La firma del Estatuto de Roma supuso un cambio radical en las obligaciones internacionales en materia de crímenes internacionales. A partir de entonces la responsabilidad ya no recae solamente en los Estados, que deben asegurar la investigación, el juzgamiento y la sanción, sino en cada persona, que puede ser investigada de manera individual por parte de la CPI por los hechos que haya cometido.
- Al respecto el Fiscal de la Corte Penal Internacional ha afirmado que asumirá competencia en particular sobre los máximos responsables de la comisión de crímenes internacionales. Como lo afirma la "Estrategia de Persecución de la Corte Penal Internacional", la investigación se debe concentrar en aquellas personas que se encontraban *"en los más altos escalones de responsabilidad."*¹⁷
- No hay que olvidar que Colombia está bajo investigación preliminar de este Tribunal Internacional y que el cambio de Fiscal de la Corte Penal Internacional en junio de 2012 generó una gran presión por abrir casos no africanos. En el último informe de la CPI, ésta le advirtió a Colombia que la examinación preliminar continuará respecto de cinco temas: i) El desarrollo del marco jurídico para la paz; ii) Los procesos contra miembros de grupos paramilitares; iii) Los procesos relacionados con el desplazamiento forzado; iv) los procesos relacionados con violencia sexual; y v) los falsos positivos.
- Pero además hoy no sólo la Corte Penal Internacional está dedicada a la persecución de crímenes internacionales. La jurisdicción universal se ha convertido en la técnica preferida por aquellos que buscan prevenir la impunidad por la comisión de estos crímenes. Las amnistías y los indultos por crímenes graves en el derecho internacional no son respetados por Estados extranjeros.¹⁸

4. Algunos ejemplos de responsabilidad penal individual:

- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia:
 - Entre 1993 y 2013 el TPIY procesó a 161 personas por crímenes internacionales cometidos durante la guerra de los Balcanes. A la fecha se han culminado 126 casos, en 81 de los cuales se ha condenado a los responsables a penas que van desde 2 años de privación de la libertad, hasta cadena perpetua. Las condenas incluyen a responsables de todos los grupos étnicos involucrados en el conflicto.
 - Algunas de las condenas a personas de más alto nivel incluyen las siguientes. En 2004, el TPIY condenó a Milan Babić, ex presidente de la República Serbo-Croata a 13 años de prisión por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.
 - Ese mismo año el TPIY condenó a Tihomir Blaškić, general del ejército croata a 9 años de prisión por la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad contra los musulmanes en Bosnia.
 - En 2010, el Tribunal condenó a Ljubiša Beara, coronel del ejército serbo-croata y jefe de la policía militar a cadena perpetua por cargos de genocidio.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda:
 - Entre 1995 y 2013 el TPIR ha adelantado 50 juicios y ha condenado a 29 personas, por hechos cometidos en 1994 durante el genocidio de los tutsis.
 - Algunas de las condenas a personas de más alto nivel incluyen las siguientes. Jean Kambanda, primer ministro de Ruanda fue condenado a cadena perpetua por cargos de genocidio y crímenes de lesa humanidad.
 - Pauline Nyiramasuhuko, ex Ministra de la Familia y su hijo Shalom Ntahobali, fueron condenados el 24 de junio de 2011 a cadena perpetua, al ser encontrados culpables de crímenes de lesa humanidad

guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes. (...)"

¹⁷ International Criminal Court, Prosecutorial Strategy 2009-2012, The Office of the Prosecutor, Febrero de 2010. En: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf> Traducción libre

¹⁸ Freeman le llama a esta etapa que estamos viviendo la de "global fight against impunity", la cual contrasta enormemente con una aceptación generalizada de las amnistías antes de mediados de los 80's.

incluyendo exterminio, violación y persecución, y graves violaciones al derecho internacional humanitario.

- François Karera, ex gobernador de Kigali Rural fue condenado a cadena perpetua por los crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad que incluyeron asesinatos y exterminio.
- Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya:
 - La CECC fue establecida en 2003 para perseguir a los máximos responsables del Khmer Rouge por los crímenes cometidos entre 1975 y 1979.
 - Las Cámaras han adelantado 5 casos. La única condena proferida hasta el momento es contra Kang Kek Lew, líder de los asuntos de seguridad del Khmer Rouge y supervisor de los campos de concentración, quien fue hallado culpable de crímenes de lesa humanidad, tortura y asesinato, y condenado a cadena perpetua en 2012.
- Tribunal Especial para Sierra Leona:
 - El TESL se estableció para establecer la responsabilidad penal por infracciones al DIH y crímenes de lesa humanidad cometidas en la guerra civil que tuvo lugar en Sierra Leona durante 1996. Entre 2002 y 2013 el Tribunal ha adelantado 22 juicios, y ha condenado a 17 personas a penas de 1 a 52 años de prisión.
 - Las condenas han incluido a líderes de las Fuerzas de Defensa Civil (grupo paramilitar), como Allieu Kondewa y Moinina Fofana, que fueron condenados a 20 y 15 años de prisión respectivamente; líderes del Frente Revolucionario Unido (grupo rebelde), como Morris Kallon y Augustine Gbao, que fueron condenados a 40 y 25 años de prisión respectivamente; y del Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas (miembros del ejército que se aliaron con el FRU), como Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, y Santigie Borbor Kanu, que fueron condenados a penas de 50, 46 y 51 años de prisión respectivamente.
 - El caso más emblemático es el de Charles Taylor, ex presidente de Liberia, que fue condenado por apoyar al Frente Revolucionario Unido en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Sierra Leona. El tribunal lo condenó a 50 años de prisión por crímenes que incluyen violencia sexual, reclutamiento de menores y asesinatos, entre otros.
- Corte Penal Internacional:
 - Desde su creación, la CPI ha adelantado casos en 8 situaciones (República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana, Darfur-Sudán, Kenia, Libia, Costa de Marfil y República de Mali), y ha presentado cargos contra 30 personas, de las cuales 2 han sido condenadas.
 - *República Democrática del Congo:*
 - En marzo de 2012, la CPI condenó a Thomas Lubanga Dyilo, comandante del movimiento rebelde Unión de Patriotas Congoleños, por reclutamiento forzado de menores en el conflicto armado que tuvo lugar entre 2002 y 2003 en la República Democrática del Congo. Lubanga fue condenado a 14 años de prisión.
 - Germain Katanga, líder del Frente de Resistencia Patriótica en Ituri (milicia), fue capturado por la Corte en 2005 y condenado a 12 años de cárcel por crímenes de lesa humanidad de homicidio, y crímenes de guerra de homicidio, ataques a la población civil, destrucción de bienes civiles y pillaje.
 - Bosco Ntaganda, líder de la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (brazo armado de la Unión de Patriotas Congoleños), fue capturado en 2012 y está siendo procesado por los crímenes de guerra de reclutamiento forzado de menores, ataques a población civil, asesinatos, violencia sexual y pillaje; y por los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación y persecución.

- *Uganda:*
 - En 2002 la CPI dictó orden de captura contra Joseph Kony, líder del Ejército de Resistencia del Señor (grupo rebelde), por actos que incluyen asesinatos, esclavitud sexual, secuestro, mutilación, pillaje y reclutamiento forzado de menores. Kony aún no ha sido capturado.
 - Contra Okot Odhiambo, Dominic Ongwen y Vincent Otti, líderes del Ejército de Resistencia del Señor, se libró orden de captura en 2005 por hechos que incluyen el diseño de órdenes que resultaron en asesinatos, pillaje, esclavitud, tratos crueles y reclutamiento forzado de menores. Estas personas aún no han sido capturadas.
- *Darfur-Sudán:*
 - Omar al-Bashir, Presidente de Sudán, ha sido acusado ante la CPI de haber usado todo el aparato estatal para atacar a poblaciones que eran supuestamente afectas a grupos rebeldes. Desde 2009 enfrenta cargos por violencia sexual, exterminio, desplazamiento forzado, tortura y pillaje. Al-Bashir aún no ha sido capturado. También tienen orden de captura Ahmed Haroun, ex Ministro de asuntos humanitarios de Sudán y ahora Ministro de Asuntos Humanitarios, y Abdel Rahim Hussein, ex Ministro del Interior y ahora Ministro de Defensa.
 - Abdallah Banda, líder del Movimiento de Justicia e Igualdad (grupo rebelde que se enfrenta al Estado sudanés) fue capturado en 2009 y procesado por cargos de crímenes de guerra de asesinato, pillaje, y ataques contra personal humanitario. El proceso terminó en octubre de 2013 debido a su presunta muerte.
 - Ali Kushayb, líder de las milicias Janjaweed fue acusado en 2007 de ataques contra la población civil, violencia sexual, tratos crueles e inhumanos y pillaje. Según el gobierno sudanés Kushayb fue capturado en 2008, sin embargo no existe evidencia de que esté siendo procesado penalmente y no ha sido extraditado a órdenes de la CPI.
- *Kenia:*
 - Uhuru Kenyatta, actual Presidente de Kenia, fue acusado en 2011 de haber planeado, financiado y coordinado la violencia post electoral sucedida en el país entre 2007 y 2008, como líder de los Kikuyu. Los cargos incluyen crímenes de lesa humanidad de asesinatos, desplazamientos forzados, violencia sexual y tratos crueles e inhumanos. El juicio iniciará en octubre de 2014.
 - William Ruto, recientemente elegido vice-presidente de Kenia, y Joshua Sang fueron acusados en 2011 de haber planeado, financiado y coordinado la violencia post electoral sucedida en el país entre 2007 y 2008, como líderes de los Kalenjin. Los cargos incluyen crímenes de lesa humanidad de asesinatos, persecución y desplazamiento. Hasta el momento Ruto y Sang se han presentado a las distintas audiencias ante la CPI.
- *Libia:*
 - La CPI libró orden de captura contra Saif al-Islam Gaddafi, hijo de Muammar Gaddafi, en 2011 por la comisión de una serie de crímenes de lesa humanidad, que incluyen el asesinato de cientos de civiles y tratos crueles y degradantes. Las milicias revolucionarias que se tomaron el poder en 2011 manifestaron su interés de procesar a Gaddafi en Libia, pero hasta el momento tales procedimientos no se han iniciado.
 - Abdullah Senussi, actual jefe de la inteligencia militar de Libia, fue acusado en 2011 por la comisión de una serie de crímenes de lesa humanidad, que incluyen el asesinato de cientos de civiles y tratos crueles y degradantes. Senussi fue capturado en 2012 y extraditado a Libia para ser juzgado allá.
- *Costa de Marfil:*
 - Laurent Gbagbo, ex presidente de Costa de Marfil, fue acusado y capturado en 2011 de liderar la violencia post electoral que se desarrolló en el país en noviembre de 2010. Actualmente está

siendo procesado por la CPI por cargos de crímenes de lesa humanidad de asesinato, violencia sexual y tratos inhumanos y degradantes.

- Simone Gbagbo, esposa de Laurent Gbagbo, fue acusada en 2012 de organizar con su marido la violencia post electoral que se desarrolló en el país en noviembre de 2010. La orden de arresto se profirió por los cargos de asesinato, violencia sexual y tratos inhumanos y degradantes, pero las autoridades del gobierno de Costa de Marfil no la han extraditado a la CPI.

5. Estándares nacionales frente a ex combatientes:

- A nivel nacional, la Constitución¹⁹, las leyes²⁰ y la jurisprudencia²¹ han desarrollado los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.
- Si bien la Constitución buscó dejar puertas abiertas para futuros procesos de paz a través de la consagración de los delitos políticos y de la posibilidad de que estos sean indultados y amnistiados, hoy la aplicación de estos mecanismos está sumamente restringida.
- La Ley 418 de 1997 (prorrogada y modificada por la Ley 1421 de 2012²²), que es la que autoriza la concesión de indultos a quienes han cometido delitos políticos y sus conexos, excluye de su aplicación a quienes hayan incurrido en genocidio, secuestro, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o las infracciones al DIH contempladas en el Código Penal. Adicionalmente no pueden ser considerados delitos conexos la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, el concierto para delinquir²³, la instigación a delinquir, la tortura,²⁴ el terrorismo y la extorsión.²⁵
- Además de estas prohibiciones, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han reiterado que sólo pueden ser calificados como delitos políticos las conductas altruistas cuyo fin es el “mejoramiento de la dirección de los intereses públicos.”²⁶ Esto deja por fuera de la posibilidad de la figura de la conexidad cualquier delito “egoísta”, lo que en la jurisprudencia de las Cortes ha incluido la exclusión de: las conductas atroces, los homicidios fuera de combate, los homicidios aprovechando la situación de indefensión de la víctima, los comportamientos delictivos no altruistas, el narcotráfico, la conformación de escuadrones de la muerte y sicarios, los homicidios selectivos, los delitos con ánimo de lucro, e incluso los homicidios y las lesiones en combate, entre otros.²⁷

¹⁹ Según el artículo transitorio 66 de la Constitución, “Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.”

²⁰ Artículo 6, Ley 975 de 2005 (derogado por la reforma a la Ley de Justicia y Paz): “De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley; asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones. Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo. Artículo 24, Ley 1448 de 2011: “Es deber del Estado adelantar una investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, la identificación de los responsables, y su respectiva sanción. Las víctimas tendrán acceso a las medidas de atención, asistencia y reparación contempladas en esta ley o en otros instrumentos legales sobre la materia, sin perjuicio de su ejercicio del derecho de acceso a la justicia.”

²¹ Sentencia C-370 de 2005, Corte Constitucional, MP. MJ. Cepeda. Ver también: C-228 de 2002, C-1145 de 2005, C-936 de 2010 y C-771 de 2011.

²² “Artículo 50. El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio del indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político, cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reintegrarse a la vida civil. (...) No se aplicarán los beneficios jurídicos dispuestos en este título y los socioeconómicos que en el marco del proceso de reintegración establezca el Gobierno Nacional, a quienes hayan incurrido en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad, crímenes de guerra o en los tipificados en el Título II del Libro II, Capítulo Único del Código Penal, conforme a los tratados y convenios internacionales ratificados, por el Estado colombiano. Estas personas podrán acogerse al régimen transicional consagrado en la Ley 975 de 2005 y demás normas complementarias o acudir a la jurisdicción ordinaria para recibir los beneficios jurídicos ordinarios por confesión y colaboración con la justicia. (...)”

²³ Artículo 340, Código Penal: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.”

²⁴ Artículo 14, Ley 589 de 2000.

²⁵ Artículo 13, Ley 733 de 2002.

²⁶ Desde CSJ Penal, 25/04/1950, MP. A. Gómez, hasta CSJ Penal, 10/04/2008, r29472, Y. Ramírez.

²⁷ Ver entre otras: C.Const. C-052/1993, SV, C. Angarita, C.Const. C-127/1993, A. Martínez, C.Const. C-171/1993, V. Naranjo, C.Const. C-214/1993, JG, Hernández, C.Const. C-415/1993, JG, Hernández, C.Const. C-069/1994, V. Naranjo, C.Const. C-009/1995, V. Naranjo, C.Const. C-225/1995, A. Martínez, C.Const. C-456/1997, J. Arango, C.Const. C-695/2002, J. Córdoba, C.Const. C-762/2002, R. Escobar, y C.Const. C-1055/2003, MG, Monroy.

- Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha llegado a la conclusión de que la mera pertenencia a un grupo armado organizado constituye un delito de lesa humanidad cuando los fines de la organización han incluido la comisión de tales crímenes²⁸, lo que implicaría que nadie que haya pertenecido a un grupo armado podría ser considerado un delincuente político, y por lo tanto ninguno de sus delitos podrían ser indultados ni amnistiados.
- De cara este contexto jurídico, hoy sólo proceden indultos y amnistías por delitos políticos cuando se comprueba el altruismo de la organización, y los únicos delitos que se entienden como conexos son el porte ilegal de armas, el uso de uniformes e insignias de uso privativo, y el uso ilegal de comunicaciones.

6. El contexto de transición de un conflicto armado a la paz:

- El cumplimiento todas estas obligaciones en contextos de transición del conflicto armado a la paz resulta especialmente complejo.
- Sin embargo, el estado colombiano ha señalado que está lejos de pretender desprenderse de estas obligaciones. Por el contrario, se trata de garantizar todas estas obligaciones en su conjunto²⁹.
- Esto es precisamente lo que ha establecido recientemente la CorteIDH en el caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*. En esa ocasión la CorteIDH señaló que *“a diferencia de los casos abordados anteriormente por este Tribunal [transiciones de la dictadura a la democracia], en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana y su aplicación al caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños, hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 así como de los términos específicos en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en El Salvador”*³⁰.
- Esta sentencia la CorteIDH dio un paso importante frente a su jurisprudencia anterior, al tomar en cuenta no sólo el derecho internacional humanitario, sino los propios términos del acuerdo de cese de hostilidades en El Salvador. Al hacer un análisis de estos dos elementos en su conjunto la CorteIDH concluyó que en el caso de El Salvador no podrían concederse amnistías por crímenes internacionales³¹.
- En suma, la CorteIDH construyó una nueva *ratio* para los casos de transiciones del conflicto armado a la paz, para afirmar que no necesariamente toda *grave violación a los derechos humanos* debe ser investigada, juzgada y sancionada penalmente (como sí sucede en contextos de transición de dictaduras hacia la democracia³²) sino que en el contexto particular de El Salvador, todo *crimen internacional* debía ser investigado, juzgado y sancionado.
- El voto concurrente a la sentencia de *El Mozote*, redactado por el Presidente de la CorteIDH y acompañado por cuatro jueces más³³ explica de manera más detallada las razones que dieron lugar al razonamiento de la CorteIDH en este caso. Entre otras, señala que *“es relevante considerar las responsabilidades compartidas que los actores de un conflicto armado tienen en graves crímenes. El*

²⁸ “Para llegar a considerar a los responsables de concierto para delinquir como autores de delitos de lesa humanidad deben estar presentes los siguientes elementos: (i) Que las actividades públicas de la organización incluyan algunos de los crímenes contra la humanidad; (ii) Que sus integrantes sean voluntarios; y (iii) Que la mayoría de los miembros de la organización debieron haber tenido conocimiento o ser consientes de la naturaleza criminal de la actividad de la organización.” CSJ Penal, 10/04/2008, r29472, Y. Ramírez.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, Capítulo IV. La Seguridad ciudadana y derechos humanos. Párr. 66, 2009.

³⁰ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252. párr. 284

³¹ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252. párr. 265-286

³² Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Peru*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41 a 44; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. párr. 105 a 114; Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. párr. 152 y 168; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. párr. 147, y Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221. párr. 195.

³³ Es decir fue suscrito por cinco de los siete jueces de la Corte IDH.

reconocimiento de responsabilidades por parte de los máximos líderes puede contribuir a promover un proceso de esclarecimiento tanto de los hechos como de las estructuras que hicieron posible esas violaciones. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar”³⁴.

7. El Marco Jurídico para la Paz:

- En julio de 2012 el Congreso de la República aprobó el Acto Legislativo 1 de 2012, también conocido como “Marco Jurídico para la Paz”.
- Este Marco es una reforma a la Constitución a través de la cual se incluyeron dos artículos transitorios (el 66 y el 67), con el objetivo de abrir un espacio constitucional para el desarrollo de una estrategia integral de justicia transicional que permita al mismo tiempo la máxima satisfacción posible de los derechos de las víctimas y la transición hacia una paz estable y duradera.
- Los principales elementos de la reforma constitucional son los siguientes:
 - Retoma la paz como finalidad prevalente de los instrumentos de justicia transicional;
 - Constitucionaliza los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición;
 - Autoriza la creación de mecanismos complementarios de carácter extra-judicial para la investigación, el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas;
 - Incorpora las figuras de la priorización y la selección, como mecanismos para concentrar la persecución penal en los máximos responsables de los crímenes internacionales, y autorizar la renuncia a la persecución penal de los casos no seleccionados;
 - Condiciona la aplicación de cualquier tratamiento penal especial a la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente, y
 - Determina que estos mecanismos sólo se pueden aplicar a agentes del Estado y a grupos armados que hayan sido parte en el conflicto armado
 - Habilita la reintegración política para delitos políticos y conexos
- Este Acto Legislativo no es de aplicación inmediata y debe ser desarrollado por el Congreso a través de leyes estatutarias. Una vez el Gobierno radique la primera ley que desarrolle el Acto, el Congreso tendrá 4 años para regular en la materia, momento en cual se extinguirá tal posibilidad.
- A la fecha estas leyes no han sido radicadas ante el Congreso de la República.
- Respecto del inciso 4 del artículo 66 transitorio la Corte Constitucional ya se pronunció declarando su constitucionalidad. “La Corte debía determinar si los elementos de justicia transicional (...) eran incompatibles con el pilar esencial que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas; y verificar si el cambio implicaba una sustitución de la Constitución o de alguno de sus ejes fundamentales. Para llevar a cabo este análisis la Sala Plena partió de reconocer la necesidad de efectuar una ponderación entre diferentes principios y valores como la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia la reparación y la garantía de no repetición. Consideró que para alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización. (...) La Sala examinó si la posibilidad de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Concluyó que en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos y del Derechos Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus intérpretes, es legítimos que se dé una

³⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Concurrente del Juez Diego García-Sayán. 25 de Octubre de 2010. párr. 31.

aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que como mínimo se enjuiciarán aquellos delitos.”³⁵

- Actualmente la Corte Constitucional está analizando la segunda y última demanda contra el Marco Jurídico para la Paz que se refiere tanto al artículo 66 como al 67. La sentencia será proferida el 23 de Julio de 2014.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. MP. Pretelt Chaljub. Comunicado Número 34, del 28 de agosto de 2013.