

# **Ruta temática para un Acuerdo Nacional**

**Documento 1**

## **I. VÍCTIMAS, JUSTICIA Y LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD**

**Tema 1. Sanciones adecuadas y proporcionales a la gravedad de los crímenes cometidos.**

**Presentado al Gobierno Nacional para avanzar en un Acuerdo Nacional para la Paz.**

**Bogotá D. C. 10 de Octubre de 2016**

**Alejandro Ordoñez Maldonado – Rafael Guarín Cotrino**

## Contenido

- I. **OBSERVACIONES AL ACUERDO EN MATERIA DE JUSTICIA E IMPUNIDAD**
- II. **MÍNIMOS PENALES PARA MÁXIMOS RESPONSABLES<sup>1</sup>**
  1. **LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD**
    - 1.1. Tradición jurídica colombiana
    - 1.2. Paz fundamentada en la justicia
    - 1.3. Margen nacional de apreciación
    - 1.4. Seguridad jurídica
  2. **LOS MÁXIMOS RESPONSABLES**
  3. **MÍNIMOS PENALES**
    - 3.1. **La pena debe ser efectiva**
      - 3.1.1. Investigar, juzgar y sancionar no es una opción, es una obligación que conlleva la necesidad de la pena
      - 3.1.2. La sanción debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad
      - 3.1.3. Castigo y adecuada ejecución de las penas son imperativos
      - 3.1.4. Voluntad de investigar y sancionar abarca la debida ejecución de la pena
      - 3.1.5. La justicia transicional admite flexibilidad sin desvirtuar la pena
      - 3.1.6. Prohibición de suspensión total de la pena
      - 3.1.7. Conclusiones
    - 3.2. **La pena debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las condiciones personales de los responsables**

---

<sup>1</sup> El texto que se transcribe corresponde a fragmentos del libro “La paz no lo justifica todo. Mínimos penales para máximos responsables. Autores: Alejandro Ordoñez Maldonado, Rafael Guarín Cotrino, Claudia Hernández Aguilar. Ed. IEMP. Bogotá D. C., 2016.

3.2.1. Penas adecuadas y apropiadas: impunidad normativa e impunidad fáctica

3.2.2. Penas deben cumplir criterios de razonabilidad y proporcionalidad

3.2.3. Pena depende de la gravedad del delito

3.2.4. Reducción de penas está condicionada a la satisfacción de los derechos de las víctimas

3.2.5. Conclusiones

**3.3. La reclusión es la pena para graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad**

3.3.1. Pena de reclusión es la adecuada para crímenes atroces

3.3.2. Reclusión es la regla en el derecho penal internacional

3.3.3. Reclusión es la pena aplicada por los Tribunales Penales Internacionales

3.3.4. Conclusiones

**3.4. La pena de reclusión se debe cumplir conforme a los regímenes generales**

3.4.1. Reclusión implica condiciones de dependencia y sujeción

3.4.2. La reclusión se debe cumplir conforme al régimen penitenciario ordinario

3.4.3. Reclusión se define por la restricción de derechos fundamentales

3.4.4. Simple permanencia en zonas de concentración o ubicación no es parte de la pena

3.4.5. Es posible la progresividad en el cumplimiento de la pena

3.4.6. Conclusiones

**3.5. Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras**

3.5.1. Reclusión debe respetar al ser humano

3.5.2. Garantizar los derechos del interno es responsabilidad del Estado

**3.5.3.** Seguridad de los reclusos es responsabilidad del Estado

**3.5.4.** Conclusiones

#### **4. ANEXOS**

**4.1.** Carta suscrita por la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, dirigida al Presidente de la Corte Constitucional de Colombia

**4.2.** Reflexiones sobre los principios concernientes al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

**4.3.** Casos representativos de sentencias dictadas por los Tribunales Penales Internacionales

### **III. PROPUESTA**

## I. OBSERVACIONES AL ACUERDO DE LA HABANA EN MATERIA DE JUSTICIA E IMPUNIDAD

El Acuerdo simula un procedimiento genuino de rendición de cuentas por la comisión de crímenes internacionales, pero no cumple los estándares internacionales de justicia<sup>2</sup>.

Se establece un complejo entramado de organismos y de procedimientos que lo que buscan en realidad es sustraer de la responsabilidad penal, específicamente del cumplimiento de una pena de reclusión, a agentes del Estado y a miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan perpetrado crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, en los términos descritos en el artículo 17.2 del Estatuto de Roma.

El Acuerdo obliga a reformar la Constitución Política de Colombia para desconocer la justicia ordinaria y el código penal vigente.

En su conjunto, lo convenido en la Mesa de Conversaciones concreta la falta de voluntad del Estado y su incapacidad para proceder de manera auténtica en la investigación, el enjuiciamiento y la sanción, teniendo en cuenta que el vicio sobre una de tales etapas, en este caso puntual la sanción afecta integralmente la autenticidad del procedimiento judicial. Las razones son las siguientes:

1. No obstante se afirme que el Acuerdo pretende lograr un equilibrio entre verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, esto no se consigue, pues es cierto que se privilegia la verdad, pero también se elimina por completo el componente retributivo de la sanción y el carácter proporcional que debe tener la condena en consideración a la gravedad de los delitos y a la forma de participación de los acusados.

El Acuerdo establece una jurisdicción para la paz diferente a la justicia ordinaria y otorga un tratamiento especial que comprende beneficios penales para quienes hayan perpetrado crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. Dichos beneficios van desde la ausencia total de pena privativa de la libertad, como regla general, hasta su imposición reducida en casos excepcionales.

Como punto de partida, sin distinción, los perpetradores se podrán beneficiar de un marco normativo que sustituye la pena privativa de la libertad con sanciones simbólicas; consistentes en *“trabajo”*, *“obras”* y *“actividades”* para todos los crímenes internacionales cometidos, sin importar su gravedad, ni el grado de participación.

---

<sup>2</sup> Las observaciones que a continuación se presentan corresponden a la evaluación enviada por la Procuraduría General de la Nación a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en enero de 2016 respecto al Acuerdo en materia de justicia.

En caso de que el perpetrador no reconozca su responsabilidad, la sanción no será superior a 20 años de cárcel, tiempo que es la tercera parte del máximo de 60 años que establece el Código Penal vigente.

2. Las sentencias que se emitan en esa jurisdicción desplazan a las sentencias previas emitidas por la justicia ordinaria contra los responsables de dichos crímenes. Tales sentencias que condenan a pena de prisión a miembros de las FARC, el ELN y agentes estatales, entre ellos oficiales de las Fuerzas Armadas y políticos, por crímenes atroces, serán relevadas por unas nuevas sentencias que desconocen la pena impuesta y, por tanto, impiden su adecuada ejecución.

El Acuerdo se erige sobre la base de que las sentencias proferidas por la justicia penal ordinaria se desconocerán, no se cumplirán, al sustituir la privación de la libertad a la que han sido condenados los perpetradores, por sanciones *“groseramente inadecuadas”*, como son las *“obras”*, los *“trabajos”* y las *“actividades”*. De llegar a materializarse, se evidenciará que la decisión nacional tiene como propósito sustraer a los responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio de las consecuencias en materia de penas.

El Estado colombiano al asumir el Acuerdo, en los términos descritos, carece de la disposición de actuar genuinamente, dando lugar a ausencia de voluntad de castigar los crímenes.

3. La Fiscalía ante la CPI a través del Fiscal Adjunto, James Stewart, advirtió en 2015 que conforme al Estatuto de Roma, *“si se suspendiesen la ejecución de las penas impuestas previamente por las autoridades judiciales nacionales, las personas condenadas no cumplirían efectivamente ningún tipo de pena”*<sup>3</sup>.

El Acuerdo que se examina es mucho más lesivo para la justicia que la suspensión de la ejecución de la pena, porque en términos prácticos deja sin efecto las sentencias previas, lo que posibilita desconocer integralmente todas las penas impuestas con anterioridad por la justicia ordinaria.

Si la suspensión de la pena de prisión por conllevar que *“el acusado no pasa tiempo recluido”* es considerada por la Fiscalía ante la CPI como *“una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”*<sup>4</sup>, mucho menos puede ajustarse al Estatuto de

---

<sup>3</sup> James Stewart. “La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”. Universidad del Rosario. Bogotá D. C., 13 de mayo de 2015.

<sup>4</sup> Fatou Bensouda. Carta de la Fiscalía ante la Corte Penal Internacional a la Corte Constitucional de Colombia. 2013. Página 2.

Roma el desconocimiento de las sentencias condenatorias precedentes y el incumplimiento de la pena de reclusión que ellas ordenaban.

Siguiendo la argumentación citada de la Fiscalía de la CPI: evadir las sentencias previas y las penas a las que han sido condenados los responsables de atrocidades, al igual que en el evento de la suspensión de la pena de prisión, *“sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los artículos 17(2)(c) y 20(3)(b)”*<sup>5</sup>, dando lugar a la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional.

4. La Fiscalía de la CPI, en la citada carta a la Corte Constitucional de Colombia, indicó que *“una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas”*<sup>6</sup>.

Conforme al derecho penal internacional, al principio de proporcionalidad de la pena, al carácter genuino de la misma y a su efectividad, la condena para los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, así como de graves violaciones a los derechos humanos que no alcancen esa connotación, es la reclusión. Si no hay pena efectiva de reclusión se desvirtúa la autenticidad de toda la actuación judicial.

Los estatutos de las Cortes Internacionales para la antigua Yugoslavia (artículo 24) y Ruanda (artículo 23) se refieren a la imposición de *“penas de prisión”* y a *“penas de privación de la libertad”*. El propio Estatuto de Roma establece en el artículo 77 la pena de reclusión.

Las sanciones consistentes en *“trabajo”*, *“obra”* o *“actividad”* configuran un *“factor de impunidad”*, al resultar manifiestamente desproporcionadas, inadecuadas y puramente simbólicas, considerando que se proponen en sustitución de la pena de reclusión ante la comisión de crímenes internacionales y respecto de los máximos responsables, al igual que por otras características del Acuerdo concertado entre el Gobierno y las FARC.

---

<sup>5</sup> Ibidem. Página 2.

<sup>6</sup> Ibidem. Página 2.

5. Las sanciones pactadas prescinden absolutamente del carácter retributivo. Son concebidas como medidas de *“contenido restaurativo y reparador”*<sup>7</sup>, con lo cual se descarta el aspecto punitivo, con la aparente justificación de un supuesto reconocimiento de la verdad frente a los crímenes perpetrados. El preámbulo del Estatuto de Roma señala que *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”*.

Ante la gravedad de los crímenes se trata de sanciones desproporcionadas porque no contribuyen a prevenir la impunidad, además de la naturaleza de las mismas y su duración.

Para quienes confiesen las atrocidades y actos de barbarie las sanciones *“tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras”*<sup>8</sup> de cinco años y un máximo de ocho años. Además, el Acuerdo consagra la posibilidad de que la ejecución de la sanción no esté determinada por dicho tiempo sino *“atendiendo a resultados, como por ejemplo, la culminación de la construcción de una infraestructura determinada”*<sup>9</sup>, evento en el cual, cumplida la sanción, las restricciones accesorias de libertades y derechos desaparecerán.

El Acuerdo proscribe el castigo para los responsables de tales crímenes.

6. Las *“restricciones de libertades y derechos”*, tales como la *“libertad de residencia y movimiento”* son accesorias a la sanción, esto es, a la *“actividad”*, la *“obra”* o el *“trabajo”* que se imponga, debido a que están sujetas a *“que sean necesarias para su ejecución”*<sup>10</sup>. Dichas restricciones no constituyen sanción sino medidas limitadas estrictamente a lo que se requiera para su cumplimiento.

El Acuerdo señala que la *“restricción efectiva”* se refiere al establecimiento de *“mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión”*, destinados a asegurar la ejecución de la sanción. Agrega: *“En ningún caso se entenderá como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento”*<sup>11</sup>.

Además, la regla general es la posibilidad que tienen los responsables de los crímenes de lesa humanidad y de guerra de desplazarse, solo limitada por la necesidad de que tales desplazamientos deban *“ser compatibles con el cumplimiento de las sanciones”*<sup>12</sup>. Aquellos desplazamientos que se consideren no

---

<sup>7</sup> Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, incluyendo la jurisdicción especial para la paz; y compromiso sobre derechos humanos. Listado de sanciones. Página 45. La Habana. 2015.

<sup>8</sup> Ibidem. Punto 60. Página 39.

<sup>9</sup> Ibidem. Lista de Sanciones. Página 46.

<sup>10</sup> Ibidem. Página 45.

<sup>11</sup> Ibidem. Punto 60. Página 40.

<sup>12</sup> Ibidem. Punto 62. Página 41.

compatibles deberán ser autorizados por un órgano del “Sistema”. Esto podría hacer que la restricción a la libertad de movimiento llegue a ser prácticamente inexistente.

7. Tal y como aparecen en el contexto de los Acuerdos de La Habana, las “obras”, “actividades” o “trabajos” más que ser sanciones, en realidad se convierten en elementos de proselitismo político en los lugares donde se lleven a cabo. Estas zonas coincidirán con aquellos territorios en los que se implementará lo pactado en los puntos 1, 2 y 4 de la agenda de negociación, concernientes a la “Política de Desarrollo Agrario Integral”, “Participación Política” y “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”.

No solo no son sanciones genuinas y proporcionales a la gravedad de los crímenes, sino que se proyectan como mecanismos mediante los cuales los perpetradores ejercerán, aumentarán o mantendrán influencia en las áreas donde habitan muchas de sus víctimas.

8. El Acuerdo consigna que los responsables de las atrocidades pueden proponer a la instancia judicial el tipo de “trabajos”, “obras” o “actividades” con las cuales desean cumplir la sentencia condenatoria. Esto ratifica el carácter simbólico, grosero e inadecuado de las sanciones que se consagran para los responsables de crímenes de lesa humanidad y de guerra.

Al establecer que los perpetradores “podrán presentar un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas”<sup>13</sup>, se concede a los victimarios la iniciativa de la sanción a imponer y el lugar de su cumplimiento. Junto a lo ya expuesto, esto convierte la sanción en una mera simulación y no en el castigo que merecen los crímenes internacionales, como lo indica el preámbulo del Estatuto de Roma.

9. Por otro lado, el Acuerdo consagra la posibilidad de “reconocimiento colectivo”, caso en el cual “las organizaciones o entidades a las que pertenezcan los comparecientes serán responsables de velar por la adecuada ejecución y cumplimiento de la sanción, sin perjuicio de la función que se atribuya a un mecanismo de monitoreo nacional o internacional que hayan acordado las partes”<sup>14</sup>.

Esa cláusula traslada la obligación de garantizar el cumplimiento de la sanción, cualquiera que esta sea, incluida la de prisión, a las FARC o hipotéticamente a las Fuerzas Armadas, con lo cual se saca de la órbita de la administración de justicia y de mecanismos independientes y ajenos a los perpetradores, el control efectivo

---

<sup>13</sup> Ibidem. Página 46.

<sup>14</sup> Ibidem. Página 46.

sobre el condenado y el cumplimiento de las sanciones, incluidas aquellas que comporten pena privativa de la libertad exclusivamente en los eventos en que los condenados no reconozcan la verdad o lo hagan tardíamente.

10. Si bien, al distinguir los regímenes sancionatorios, el Acuerdo aparentemente contiene incentivos y condiciones para que quienes comparezcan ante la jurisdicción especial de paz digan la verdad, reparen y garanticen la no repetición, se parte de un beneficio general que les da inmunidad ante la justicia ordinaria. De esa forma, aún quien no diga la verdad y no repare a las víctimas goza de antemano de una pena máxima reducida a la tercera parte de la máxima pena de la justicia ordinaria.

Negarse a la delación, omitir el detalle de lo que se conoce sobre los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, así como no reparar a las víctimas o continuar delinquiendo, no excluye al perpetrador del “*Sistema*” definido en el Acuerdo. Incumplir tales condiciones debería provocar la aplicación de las penas señaladas en el Código Penal ordinario, esto es, hasta de 60 años de prisión, al igual que el procesamiento con base en ese mismo ordenamiento jurídico de los delitos respecto de los cuales se obvió la verdad, el reconocimiento o la reparación.

Quienes vuelvan a incurrir en graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario no asumen consecuencia alguna respecto a los beneficios de estar en la jurisdicción para la paz. El compromiso de no repetición se reforzaría con la supresión de todo beneficio, pero por el contrario el victimario los tiene asegurados, sin importar que posteriormente vuelva a cometer éstos crímenes.

11. El Acuerdo busca la excarcelación masiva de quienes hoy cumplen condenas en prisión por la realización de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Basta con que agentes del Estado que perpetraron homicidios en persona protegida, conocidos periodísticamente como “*falsos positivos*”, y desapariciones forzadas, entre otros crímenes, reconozcan su responsabilidad para que se sustituya la pena de prisión y salgan inmediatamente de los centros de reclusión. Igual sucedería con los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que reconozcan los delitos atroces para salir de las cárceles.

El Acuerdo en este sentido tiene el mismo efecto que el indulto: “*perdona total o parcialmente una pena o la conmuta por otra más benigna*”, permitiendo la excarcelación del victimario, sin importar el tiempo que efectivamente haya estado recluido, a cambio de reconocer el crimen; el cual ya fue demostrado en una sentencia previa de la justicia penal ordinaria.

12. El Acuerdo en materia de verdad no es preciso en establecer como condición de manera clara, expresa y sin ambigüedad, que en el marco de la jurisdicción especial la delación es una regla que deben cumplir sin excepción todos los que a ella comparezcan. Es indispensable determinar con base en la delación la línea de mando responsable de la comisión de los crímenes, tanto en las FARC y el ELN como en las Fuerzas Armadas de Colombia.
13. La reparación que establece el Sistema pactado entre el Gobierno y las FARC no comprende de forma clara y expresa el compromiso de esa organización y de sus miembros de reparar con su propio patrimonio y riqueza acumulada a las víctimas. No existe obligación expresa de entregar la fortuna creada con el narcotráfico, el secuestro, la extorsión y el lavado de activos con el fin de reparar a las víctimas. Tampoco aparece la misma obligación de reparar con el patrimonio respecto a los agentes estatales que perpetraron similares crímenes, ni se excluye del Sistema al perpetrador que conserve la riqueza ilícita.

El artículo 77 del Estatuto de Roma relativo a las *“Penas aplicables”* ordena que además de la reclusión, la Corte podrá imponer: *“b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, (...)”*, lo que implica que en cualquier evento a los victimarios se les debe privar de la riqueza acumulada con actividades ilícitas. En el Acuerdo no existe ninguna alusión al respecto.

14. El Acuerdo pretende proteger a la cúpula del grupo armado ilegal que ejerció el mando sobre el aparato violento<sup>15</sup>, al igual que a los mandos de las Fuerzas Armadas<sup>16</sup>, deformando los principios establecidos en el derecho penal internacional al exigir *“control efectivo de la respectiva conducta”*, el cual se predica, conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma, sobre las *“fuerzas bajo su mando”*, no sobre *“la respectiva conducta”*.

Dicha interpretación plantea un marco de impunidad ante los mandos, ya que exige demostrar control efectivo sobre el crimen, no obstante que el derecho internacional funda la responsabilidad del superior jerárquico en la tolerancia o negligencia respecto a los subordinados que lo perpetraron.

Por las razones anteriores, en caso de que se adopte e implemente una jurisdicción especial que sustituya las sentencias que fijan condenas de prisión por crímenes internacionales, por nuevas sentencias que ordenen como sanción trabajo comunitario, a través de *“actividades, trabajos u obras”*, se invalida el carácter genuino del procedimiento judicial y se podría activar la competencia de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>15</sup> Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto. Op. Cit. Punto 59. Página 39.

<sup>16</sup> Ibidem. Punto 44. Página 29.

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, así como la Jurisdicción para la Paz, transgreden las obligaciones en materia de justicia y lucha contra la impunidad al constituir un procedimiento que sustrae de la responsabilidad penal, particularmente de la pena, a los perpetradores de los más graves crímenes para la humanidad y respecto de los cuales la comunidad internacional a través del Estatuto de Roma exige castigo.

El Acuerdo estimula la repetición de los crímenes atroces en Colombia y el surgimiento de nuevas víctimas, al dar a los grupos armados ilegales que permanecerán después de su firma la certeza de no ser objeto de penas de reclusión y al garantizarles así la impunidad por sus crímenes pasados, presentes y futuros. Nada más contrario al objetivo con el que se instituyó la jurisdicción penal internacional.

En síntesis, el Acuerdo de Justicia en su conjunto no contribuye a impedir la impunidad y constituye un antecedente que la promueve frente a la solución de conflictos armados internos. Uno de los propósitos de la existencia de la jurisdicción penal internacional es disuadir la comisión de nuevos crímenes y prevenir a través del castigo efectivo de los mismos su repetición.

El Acuerdo no es consistente con el objetivo del Estatuto de Roma de terminar con la impunidad para los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio; por el contrario enseña un camino para que los perpetradores actuales y futuros evadan la justicia.

## II. MÍNIMOS PENALES PARA MÁXIMOS RESPONSABLES<sup>17</sup>

La justicia transicional ha sido aceptada como fórmula para una transición exitosa de una situación de conflicto armado no internacional a la paz y a la reconciliación, en sociedades que han soportado violaciones masivas a los derechos humanos con un alto grado de impunidad. Para que sirva a ese propósito de forma efectiva, no debe ser entendida como un atajo para llegar a la paz, ni como una excusa para eludir la responsabilidad que recae en los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Por el contrario, cuando se habla de justicia transicional se parte de reconocer que la búsqueda de la paz, como presupuesto esencial de la convivencia y del ejercicio de los derechos de todas las personas que conforman la nación, solo es posible si se armoniza con la justicia. En otras palabras, en la necesidad de que un acuerdo con los grupos armados al margen de la ley se fundamente en la justicia para que sea sostenible a mediano y largo plazo, tanto en el ámbito de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, como en el político, que exige la mayor legitimidad posible.

En ese sentido, la justicia transicional representa una oportunidad para que el Estado cumpla con dichas obligaciones y garantice, aunque de forma diferente a la de un régimen ordinario, el derecho a la justicia que tienen las víctimas, al tiempo que brinde la posibilidad de que estas se dignifiquen, así, como también los victimarios puedan reivindicarse ante la sociedad y reincorporarse a la misma.

La justicia transicional no puede verse entonces con una óptica de venganza, ni puramente punitiva, sino como un conjunto de medidas, no estrictamente judiciales, orientadas a superar de una vez por todas el conflicto armado no internacional, el terrorismo y la grave situación de violación a los derechos humanos, en orden a fortalecer el Estado de derecho y la democracia.

Eso lleva implícito un reconocimiento. La justicia transicional tiene un fundamento jurídico y político. Jurídico, porque no puede apartarse de los mínimos derivados de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y del derecho penal internacional. Cualquier modelo de justicia transicional que no tenga en cuenta que debe sujetarse a unos presupuestos básicos, tendrá un altísimo nivel de vulnerabilidad que no dará seguridad jurídica al acuerdo de terminación del conflicto.

Reconoce además que existe un fundamento político, porque la flexibilidad que se deriva de su excepcionalidad, propia de una situación de conflicto interno, permite la búsqueda de fórmulas que, basadas en esos mínimos jurídicos y en la satisfacción de los derechos las

---

<sup>17</sup> El texto que se transcribe corresponde a fragmentos del libro “La paz no lo justifica todo. Mínimos penales para máximos responsables. Autores: Alejandro Ordoñez Maldonado, Rafael Guarín Cotrino, Claudia Hernández Aguilar. Ed. IEMP. Bogotá D. C., 2016.

víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición<sup>18</sup>, hagan posible la disolución del grupo victimario y el desmantelamiento de las condiciones que posibilitaron que agentes estatales también fueran perpetradores.

Si bien existen límites, la justicia transicional cuenta con diversos mecanismos y opciones para proporcionar un mínimo de justicia y un máximo de verdad en favor de la paz. Como ese mínimo de justicia sacrifica estándares esperados en situaciones de normalidad, debe ser genuino; o podría convertirse en aleccionador para continuar la estela de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

Esa es una de las razones que sostienen afirmaciones como las de la Fiscal<sup>19</sup> y el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional<sup>20</sup>, en el sentido de que *“los principios del Estatuto de Roma reflejan el consenso de la comunidad internacional sobre el rol integral que cumple la justicia en la garantía de la paz, la estabilidad y la seguridad”* y, *“la justicia debe formar parte integral de los esfuerzos por establecer una paz, estabilidad y seguridad sostenibles... El marco jurídico internacional creado por el Estatuto de Roma enfatiza la importancia capital de poner fin a la impunidad de los perpetradores de los crímenes más graves. Este marco no puede suspenderse o ignorarse por consideraciones de oportunidad”*, respectivamente. Pero justicia también en sentido redistributivo, no puramente restaurativo. Coincidente con estos, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado: *“la justicia es parte importante del establecimiento y mantenimiento de la paz, una cultura de impunidad y un legado de crímenes del pasado que no se sancionan solo pueden erosionar la paz. Las amnistías que eximen de sanción penal a los responsables de crímenes relacionados con los derechos humanos suelen fallar en el intento de lograr sus objetivos y en lugar de ello parecen haber alentado a los beneficiarios a cometer nuevos crímenes”*.<sup>21</sup>

Y el informe presentado en agosto de 2004 por el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad señaló que *“los acuerdos de paz aprobados por las*

---

<sup>18</sup> Así lo exigen, por ejemplo, los Principios y directrices de Louis Joinet y Naciones Unidas sobre la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante la Resolución sobre impunidad No. 2005 de 1981 Documento ONU E/CN.4/RES/2005/81), y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (aprobados por la Asamblea General de la ONU, Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005). Estos Principios señalan que las amnistías absolutas favorecen la impunidad y desconocen las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El Principio 24 de los primeros, señala expresamente que la amnistía debe aplicarse dentro de ciertos límites así tenga como objetivo alcanzar la paz y la reconciliación nacional.

<sup>19</sup> FATOU. Op. Cit.

<sup>20</sup> STEWART, James. Justicia Transicional en Colombia y el Rol de la Corte Penal Internacional. En: Foro La Justicia Transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional (13, mayo, Bogotá, DC.). Universidad del Rosario y El Tiempo. Bogotá, 2015.

<sup>21</sup> NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías. Nueva York y Ginebra, 2009, p. 3.

*Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos.”<sup>22</sup>*

## **1. LA CUESTIÓN DE LA IMPUNIDAD**

### **1.1. Tradición jurídica colombiana**

Durante más de tres décadas la búsqueda de la paz en Colombia con diferentes grupos armados ilegales ha tenido una constante: amplias amnistías e indultos. La implementación de ambas figuras excluye a los responsables de crímenes atroces. Una revisión histórica de los principales instrumentos sobre el tema así lo demuestra:

Bajo la administración de Julio César Turbay Ayala se expidió la Ley 37 de 1981 que concedía amnistía a los alzados en armas autores de delitos políticos y conexos, con excepción del secuestro, la extorsión y los homicidios cometidos fuera de combate.

El Decreto 474 de 1982 declaró extinguida la acción penal y la pena para delitos políticos y conexos. Se descartaron de ese beneficio los delitos de homicidio fuera de combate, el secuestro, la extorsión y la fuga de presos.

Iniciando el Gobierno de Belisario Betancur y dentro de los esfuerzos para adelantar el primer proceso de paz con las guerrillas modernas, el Congreso adoptó la Ley 35 de 1982. Esta norma declaró una amnistía general para delitos políticos y conexos. Los homicidios fuera de combate cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación, fueron expresamente excluidos de la amnistía.

Al finalizar esa administración, la Ley 49 de 1985 autorizó al Presidente de la República para conceder el indulto a condenados por delitos políticos y eventualmente a los conexos, con excepción del secuestro, la extorsión, los delitos relacionados con el tráfico y consumo de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica y el homicidio fuera de combate, si se hubiere cometido con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación.

En el Gobierno de Virgilio Barco, como parte de las herramientas jurídicas que se emplearon para adelantar los procesos que condujeron a la desmovilización de varios grupos guerrilleros, el Congreso emitió la Ley 77 de 1989. Esa ley facultó al Presidente de la República para conceder indulto a autores de delitos políticos. Mediante el Decreto 206 de 1990 se reglamentó y aplicó al acuerdo de paz firmado con el M-19 el 9 de marzo de ese año. La citada norma restringió el indulto al establecer que no se aplicaría a los

---

<sup>22</sup> NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Nueva York, 2004, p. 6.

homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie.

Más adelante, para implementar los acuerdos suscritos el 25 de enero de 1991 con el PRT, el 15 de febrero de 1991 con el EPL y el 27 de mayo de 1991 con el MAQL, el Gobierno de César Gaviria expidió el Decreto 213 de 1991. Dicha norma comprendió la extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos. El Decreto apartó expresamente de los beneficios a los condenados o procesados por genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, o por actos de ferocidad o barbarie.

El Decreto 1943 de 1991 autorizó al Gobierno para conceder indulto o amnistía a los autores de los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando el grupo guerrillero del cual formara parte el solicitante hubiese demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. Se excluyó expresamente de estos beneficios a los autores de delitos atroces, homicidios fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima. Esta norma cobijó el Acuerdo de Paz suscrito el 20 de marzo de 1992 con los Comandos Ernesto Rojas.

Posteriormente, la Ley 104 de 1993 previó beneficios penales para las personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados "milicias populares rurales o urbanas", que abandonaran de manera voluntaria la organización y se entregaran a las autoridades. Negó los beneficios a los autores de secuestro, delitos atroces y homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de las víctimas y de delitos cuya pena mínima legal excediera de ocho (8) años de prisión.

En el cuatrienio siguiente, el Congreso expidió la Ley 418 de 1997 y estableció las causales de la extinción de la pena y de la acción penal para delitos políticos y conexos. Cuando la organización armada al margen de la ley, a la que se le reconociera el carácter político, y del cual formara parte el solicitante, hubiere demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil, la norma autorizó al Gobierno Nacional a conceder indulto por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos. Fueron excluidos de los beneficios los autores de actos atroces, de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión.

La ley 548 de 1999 prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997 y excluyó la aplicación de indulto y amnistía para los delitos de desaparición, desplazamiento forzado, genocidio y tortura, esto en medio de las conversaciones entre el Gobierno de Andrés Pastrana y las FARC.

Las prórrogas siguientes de la ley 418 de 1997 en los gobiernos de Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos mantienen la misma línea: se excluye la aplicación de indulto para actos de ferocidad y barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio y homicidio fuera de combate.

Durante el proceso de desmovilización de las AUC el Congreso de la República aprobó la Ley 975 de 2005. La norma no concedía impunidad a los crímenes atroces, sino que por el contrario estableció un régimen de justicia transicional que permitía una pena alternativa entre 5 y 8 años de reclusión, previo compromiso del beneficiario de colaborar con la justicia y reparar a las víctimas.

Y el Decreto 4619 de 2010 excluyó expresamente el indulto para los miembros de grupos armados ilegales que se acojan a la Ley 782 de 2002, cuando existan investigaciones, actuaciones procesales o sentencias condenatorias por delitos atroces, de lesa humanidad, o crímenes guerra.

La tradición jurídica colombiana demuestra que la no impunidad frente a los crímenes atroces ha sido una constante durante los últimos 30 años aún en el marco de procesos de paz con grupo guerrilleros.

Por otro lado, la nueva visión de resolución de conflictos comprende conciliar la decisión política y el marco jurídico internacional. Las negociaciones que en décadas pasadas permitieron la desmovilización y el desarme del M19, el EPL, el PRT, el Quintín Lame o la Corriente de Renovación Socialista se llevaron a cabo en un marco jurídico y político muy diferente, a pesar de lo cual los crímenes atroces y los actos de barbarie, como se definían en esa época las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, no gozaron de amnistías, indultos o de cualquier otra medida que implicara renuncia a la persecución penal e impunidad.

La implementación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, su integración al ordenamiento jurídico a través de la noción de bloque de constitucionalidad, al igual que el desarrollo de una extensa jurisprudencia interamericana restringen la libertad de los Estados para lograr acuerdos con grupos armados ilegales.

Para la década de los años ochenta y para el comienzo de los noventa, años en que se adelantaron los procesos de paz con los grupos citados, las fórmulas eran estrictamente políticas para superar situaciones de conflicto o de dictadura y enfrentar las violaciones a los derechos humanos. El alcance de los marcos jurídicos dependía exclusivamente de la mesa de negociación, de la voluntad de las partes y, en últimas, de la correlación de fuerzas con las que el Estado o el grupo armado se sentaban en la mesa de negociaciones para llegar a un Acuerdo. Sucedió lo mismo con las dictaduras. La transición a la democracia buscaba fórmulas de impunidad para facilitar la superación de la dictadura y procurar que los sectores poderosos que la ejercieron no se convirtieran en un obstáculo que impidiera el retorno a la democracia. Eso cambió en los años siguientes.

## 1.2. Paz fundamentada en la justicia

En el ámbito regional la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se indicará a lo largo de este documento, emitió sentencias que dejaron sin efecto las medidas de impunidad pactadas o decretadas por los gobiernos. En Uruguay, por ejemplo, una ley de amnistía fue aprobada en referendo en 1989 y 2009, a pesar de lo cual los jueces procesaron a los máximos responsables de violaciones a los derechos humanos. En Argentina, el 14 de junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia resolvió que las leyes de obediencia debida y punto final son *“inaplicables a estos delitos [lesa humanidad] porque no los contemplaron o, de ser aplicables, son inconstitucionales, porque si los contemplaron, violaron el derecho internacional consuetudinario vigente al tiempo de su promulgación (...) aquellas leyes [obediencia debida y punto final] son inaplicables a los delitos de lesa humanidad o son inconstitucionales si fuesen aplicables a los delitos de esa laya. En ambas hipótesis resultan inaplicables”*.

En Perú, por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos<sup>23</sup>, señaló que *“como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”*.

Recientemente, en la sentencia *“Masacre de Mozote y lugares aledaños vs El Salvador”*, la Corte ratificó que aún en el contexto de un conflicto armado no internacional y de su terminación la impunidad no es posible. Es relevante que en este caso la Corte analiza la Convención Americana de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, en especial el artículo 3 común y el Protocolo II adicional a los Convenios, así como el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Lo hace con el fin de subrayar que el artículo 6.5 del Protocolo II, si bien reconoce que las leyes de amnistía proceden a la cesación de hostilidades en un conflicto armado no internacional y que éstas deben ser lo más amplias posible, no son una facultad absoluta como se ha llegado a interpretar en algunas ocasiones.

La Corte Interamericana reitera que aún en contexto de terminación de conflictos armados no internacionales, las amnistías no pueden comprender todos los crímenes. Indica la Corte: *“esta norma no es absoluta, en tanto también existe en el Derecho Internacional Humanitario una obligación de los Estados de investigar y juzgar crímenes de guerra”*, lo que coincide con la norma consuetudinaria 159 que excluye de la aplicación de amnistía a las *“personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”*. La amnistía al finalizar el conflicto, con el cese definitivo

---

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Párr. 44.

de hostilidades, no comprende hechos que cabrían en la categoría de crímenes de guerra e incluso en la de crímenes contra la humanidad.

La Corte Interamericana reiteró en el fallo que *“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*.

Así pues, no es cierta la ficción de que existen estándares de justicia diferentes si se trata de una transición de una dictadura a la democracia o de un conflicto armado interno a la paz. Las exigencias del derecho internacional son unívocas en cuanto a ciertos mínimos que no se pueden obviar si se trata de garantizar que las medidas de justicia sean sostenibles.

Tampoco se puede desconocer el impacto de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Conforme al artículo 29 del Estatuto, el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Respecto de éstos, las disposiciones de amnistía o estrategias dirigidas a renunciar a la persecución penal o a eliminar los efectos de la ejecución de la pena no tienen efecto, en tanto esa Corte puede investigar, juzgar y sancionar a sus responsables cuando el Estado no lo haga.

El carácter de imprescriptible que tienen los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos durante y con ocasión de un conflicto armado no internacional es una garantía que otorgan el derecho internacional y el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de que dada su gravedad no puedan gozar de impunidad. Por tanto, de verificarse dichas conductas, el Estado tiene la obligación y la posibilidad, en cualquier momento, con acuerdo suscrito con las guerrillas o sin él, antes del mismo o después de él, de condenar con penas efectivas y adecuadas a los responsables, sean miembros de grupos irregulares o agentes estatales.

La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha sostenido que *“Bajo el derecho internacional no se pueden tener amnistías por violaciones graves a los derechos humanos; no se pueden dar beneficios para delitos contenidos en el Estatuto de Roma. El principio básico es que no puede haber impunidad para esos crímenes, porque las víctimas tienen derecho a la justicia y la verdad. La gente no olvida lo que le pasó. La gente quiere paz pero también justicia, y no se pueden separar esas dos cosas. Y no se puede decir tampoco que una será ahora y la otra después.”*<sup>24</sup> Y la misma Corte Constitucional lo ha dejado claro: *“La paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se*

---

<sup>24</sup> PILLAY, Navanethem. Declaraciones de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con ocasión de la reunión sostenida con funcionarios del Gobierno colombiano para revisar el Examen Periódico Universal. Ginebra, Suiza, 23 de abril de 2013.

*le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado.”<sup>25</sup>*

En ese orden de ideas, oponer en el contexto de negociaciones y procesos de paz obstáculos jurídicos para investigar graves violaciones a los derechos humanos, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, así como para eliminar los efectos de la pena, constituye una violación a los derechos humanos y al derecho internacional, situación que es un hecho internacionalmente ilícito que podría entrañar responsabilidad internacional del Estado y activar a futuro la competencia de la Corte Penal Internacional.

Informes como el publicado bajo el título “Acuerdos de Paz y ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>26</sup> no solamente desconocen o subestiman el carácter permanente de la CPI, sino que pueden llevar a conclusiones equivocadas que desvirtúen su eficacia en detrimento de la seguridad jurídica de los autores de delitos atroces. Ese informe, por ejemplo, relaciona 54 casos de acuerdos de paz y señala que frente a ellos la Corte Penal Internacional sólo ha intervenido en un caso (República Democrática del Congo) mientras que el tribunal Ad Hoc de Sierra Leona ha detenido a tres personas del grupo armado Frente Revolucionario Unido. Según el estudio “en total son 8 las personas afectadas en esos dos países. A eso agrega que *“En ninguno del resto de casos, sin excepción, las personas desmovilizadas tras un acuerdo de paz han sido objeto de condenas que impliquen su entrada en prisión” y “la norma habitual ha sido la amnistía para los grupos desmovilizados, y la no interferencia de la CPI.”*

No obstante, un análisis de este informe permite establecer que la llamada “*no interferencia*” de la Corte obedece a razones jurídicas o fácticas que de ninguna manera significan una renuncia a su mandato de “*ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional*”, como lo señala el artículo 1 del Estatuto de Roma. El informe relaciona 54 experiencias de Acuerdos de Paz. De esas 54 hay 27 suscritas en países que no han ratificado el Estatuto de la CPI (Angola, 1 caso; India, 7 casos; Indonesia, 1 caso; Sudán, 4 casos; Sudán del Sur, 4 casos; Nepal, 2 casos; Sri Lanka, 1 caso; Somalia, 2 casos; Myanmar, 4 casos; y, Etiopía, 1 caso).

De las 27 restantes hay 5 que se hicieron antes de que el país respectivo ratificara el Estatuto (el primero con el Ira en Irlanda del Norte, el primero en Burundí, el de Liberia, el de Costa de Marfil y el primero en Chad).

De las 22 experiencias restantes hay 18 acuerdos suscritos después del 2008, es decir no ha transcurrido un plazo razonable para que la CPI aplique el principio de

---

<sup>25</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Párr. 5.5.

<sup>26</sup> FISAS, Vicenç. Análisis del Director de la Escuela de Cultura y Paz: Acuerdos de Paz y Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona, Escuela de Cultura de Paz, 23 de junio de 2015.

complementariedad (en Burundi, Mali, República Centro Africana, Colombia, Níger, Chad, República Democrática del Congo, Nigeria y Filipinas). Inclusive en algunos de esos casos los Acuerdos son muy próximos a la ratificación, es decir que podrían comprender conductas anteriores a la ratificación y frente a las cuales la CPI no tenga competencia.

De las 4 restantes se cita la de República Democrática del Congo, caso que ya ha sido tramitado por la CPI y la de Sierra Leona cuyo Tribunal Mixto ha impuesto condenas hasta de 52 años de prisión.

En conclusión, no es cierto que en esos 54 casos de acuerdos de paz no haya habido pena de prisión ni injerencia de la CPI. En la mitad no hay competencia porque los países no han firmado el Estatuto, en otros no hay competencia porque el Estatuto fue ratificado después de los Acuerdos y en otro número significativo no ha transcurrido un plazo razonable para activar la competencia de la CPI que en aplicación del principio de complementariedad debe promover primero la competencia interna de los Estados.

En síntesis, la tradición jurídica colombiana y el derecho penal internacional imponen límites a los acuerdos que se hagan en un proceso de paz. Tanto el Estado como el grupo armado ilegal, con el fin de tener seguridad jurídica y certeza de que lo acordado se cumpla y se pueda cumplir, deben sujetarse a ese marco.

### **1.3. Margen nacional de apreciación**

En virtud de la tesis del “margen nacional de apreciación” un Estado puede interpretar y aplicar los instrumentos sobre derechos humanos de conformidad con su contexto y particularidades. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en menor medida, han admitido que ante algunos derechos y en determinadas circunstancias, existe un espacio limitado de interpretación de los Estados frente a los derechos fundamentales. No obstante, los Estados deben interpretar y aplicar los derechos según su descripción dentro de los instrumentos regionales de protección.

El Tribunal Europeo ha subrayado que los Estados parte gozan de cierto margen de apreciación, pero ese margen no es ilimitado, sino que se sujeta a un control que se realiza sobre la base de las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>27</sup>. Es decir, la apreciación tiene lugar dentro del Convenio, no fuera de él. El margen nacional de apreciación no es para salirse de los tratados, sino para su aplicación.

Al asumir voluntariamente el deber de respetar los límites impuestos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de los tribunales regionales, los Estados restringen su capacidad interna y soberana de

---

<sup>27</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Handyside vs Reino Unido, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 49. También ver Caso Sunday Times vs Reino Unido, Sentencia del 26 de abril de 1979, párr. 59.

decisión. El margen, esto es, el campo de interpretación propio de los Estados, opera tanto sobre las normas que consagran derechos en el ámbito nacional, como sobre aquellos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos y en el marco de los mismos.

De hecho, los Estados al expedir regulaciones y medidas relativas a un derecho humano aplican un margen de apreciación de los instrumentos internacionales, pero esa facultad no es discrecional pues debe respetar los elementos esenciales de dicho derecho, esto es, su núcleo duro, y está condicionado por el control de convencionalidad que para el caso colombiano le corresponde realizar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En situaciones excepcionales como la terminación de un conflicto armado y la adopción de mecanismos de justicia transicional el margen de apreciación mantiene los mismos límites.

#### **1.4. Seguridad jurídica**

El indicador de éxito de un marco de justicia que se aplique en una situación en la que se deben enfrentar múltiples y graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, es que con el paso del tiempo éste se mantenga, otorgue seguridad jurídica, brinde certeza a quienes se someten al mismo.

La seguridad jurídica para quienes tienen responsabilidad en la realización de delitos durante y con ocasión del conflicto armado es un pilar fundamental de un proceso de paz. El cumplimiento de los acuerdos en materia de justicia es un elemento esencial porque compromete directamente a quienes negocian de uno y otro lado. Para garantizarla se requiere una fórmula de justicia transicional que permita juzgar a máximos responsables por la comisión de crímenes internacionales y que cumpla unos criterios mínimos en materia penal para que quede blindada frente a eventuales intervenciones de instancias penales y de derechos humanos internacionales.

Con ese propósito, este documento recoge una serie de exigencias a modo de mínimos penales, que surgen de la revisión del marco normativo de los derechos humanos y del derecho penal internacional, así como de una lectura integral y sistemática de la jurisprudencia y doctrina de órganos y organismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Los conceptos emitidos por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, ofrecidos previa consulta de la Corte Constitucional o en foros donde sus representantes han sido invitados para hablar sobre el caso colombiano en particular, también han sido relevantes a la hora de determinar los parámetros que dan lugar a la formulación de estos mínimos penales.

En un contexto de terminación de un conflicto armado no internacional es imposible que todos los involucrados en violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario puedan ser objeto de investigación y condena por el aparato judicial. Además de ello, como se citó, el derecho internacional consagra las amnistías más

amplias posibles al finalizar las hostilidades, sujetas a los límites ya expresados. Esto significa que la regla es que las personas que hayan participado directa o indirectamente en el conflicto y que tengan responsabilidad penal por conductas relacionadas con éste puedan ser beneficiadas con amnistía, a excepción de quienes hayan cometido crímenes internacionales y aquellos frente a los cuales el Estado haya adquirido internacionalmente la obligación de investigar, tales como los consagrados en la Convención de Palermo.

## 2. LOS MÁXIMOS RESPONSABLES

Estos mínimos se enfocan en los procesos penales o mecanismos judiciales aplicables en un contexto de justicia transicional; por lo mismo, es preciso definir el concepto de “máximo responsable”. En palabras de la Corte Constitucional:<sup>28</sup>

*“Si bien no existe una definición unánime sobre el máximo responsable, los criterios que lo han definido en el Tribunal Penal para la antigua Ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Bosnia y Herzegovina y la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional tienen en común que a través de esta figura identifican a aquellas personas que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito. De esta manera, el concepto de máximo responsable no se identifica con el de jefe del grupo o bloque, como se ha entendido incorrectamente, sino con criterios relacionados con un nexo con el plan o política de violencia organizada, para lo cual se han utilizado diversos criterios... En consecuencia, un máximo responsable puede ser tanto el jefe de un grupo, como también quien haya tenido un rol esencial en la comisión de los crímenes<sup>29</sup> de acuerdo al papel que la persona pudiese jugar dentro de la organización<sup>30</sup>. De hecho, el parámetro del máximo responsable es un criterio ascendente que permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito, sino también a otras personas en virtud de criterios como el de la responsabilidad del superior “Command responsibility” o el dominio de aparato organizado de poder “Organisationsherrschaft”<sup>31</sup>.*

*Por lo anterior, el concepto de máximo responsable no puede identificarse necesariamente con un autor excluyendo a los partícipes, ni con el autor de un delito agravado, ni con un líder, sino que depende de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y está relacionada con el concepto de macrocriminalidad para desmembrar la estructura organizada.*

*En conclusión, a partir de los criterios internacionales anteriormente expresados se puede señalar que el máximo responsable es aquella persona que tienen un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido*

---

<sup>28</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. Párr. 8.2.3.

<sup>29</sup> Fiscalía vs. Ademic, “Decisión para la remisión a las autoridades de Croacia conforme a las reglas 11bis”, Caso No. IT-04-78-PT, Tribunal de Remisión, 14 de septiembre de 2005.

<sup>30</sup> Fiscalía vs. Dragomir Milosevic, Decisión sobre la remisión de caso, según la Regla 11bis, Caso No. IT-98-29/1-PT, Referral Bench, 8 de julio de 2005. Véase además el Memorando Interno de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia de 17 de octubre de 1995. “Criterios para investigaciones y persecuciones”.

<sup>31</sup> AMBOS, Kai. Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’, Cambridge, 2009, 127 y ss.

*el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.*

*Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico.”*

Teniendo en cuenta las características del delito, la categoría de máximos responsables puede comprender a diferentes individuos dentro del aparato armado ilegal y en diferentes niveles. Entre ellos, como de forma explícita lo señala la Corte, se clasifican quienes financiaron su funcionamiento y el desarrollo de las capacidades necesarias para llevar a cabo crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, específicamente los dedicados al narcotráfico, testaferros o lavadores de dinero proveniente de esa actividad y que se destinaba al mantenimiento del aparato perpetrador. El narcotráfico al financiar la comisión de esos crímenes resulta conexo con los mismos.

Ese “rol esencial en la organización criminal” también puede llegar a involucrar a quienes sin ser ejecutores directos sí instigaron o elaboraron la fundamentación teórica, política y justificativa de la comisión de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, de tal manera que con ello fueron indispensables en su ejecución.

Aclarado lo anterior, este documento se concentra en los máximos responsables de los crímenes para los que no procede la amnistía y que deben ser objeto de persecución judicial. Sin perjuicio de otros criterios, en principio, son máximos responsables en el caso de las FARC, los miembros del Secretariado y del Estado Mayor Central y los Estados Mayores de los bloques y frentes.

### **3. MÍNIMOS EN MATERIA DE PENAS**

El diseño de la justicia para la transición hacia la paz debe en el caso de los máximos responsables debe atender los siguientes mínimos penales:

1. La pena debe ser efectiva.
2. La pena debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las condiciones personales de los responsables.
3. La reclusión es la pena para graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad.
4. La pena de reclusión se debe cumplir conforme a los regímenes generales.
5. Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras.

#### **3.1. La pena debe ser efectiva**

La obligación internacional del Estado frente a graves violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad

comporta, además del deber de investigar, juzgar y sancionar, el deber de hacer que la pena sea efectiva y no aparente.

### **3.1.1. Investigar, juzgar y sancionar no es una opción, es una obligación que conlleva la necesidad de la pena**

El Comité de Derechos Humanos ha reiterado que "*el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones.*"<sup>32</sup> Cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos el deber estatal no se agota en la investigación, sino que comprende la aplicación de sanciones, más aún si estas son de tal gravedad que alcanzan la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. No basta entonces con mecanismos judiciales que culminen con el establecimiento de una verdad procesal si se omite imponer sanciones a los responsables. Esto es un consenso tanto en la jurisprudencia interamericana como en el derecho penal internacional.

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25), la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes (artículo 4), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículos 1 y 6), la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (artículos 1 y 3) y la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (artículos 1, 2, 3, 4 y 5) imponen la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos. En particular, las tres últimas exigen una pena adecuada<sup>33</sup>.

### **3.1.2. La sanción debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad**

---

<sup>32</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Comunicación No. 563/1993. Colombia. 13/11/95. CCPR/C/55/D/563/1993. Párr. 8.6.

<sup>33</sup> CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS Y PENAS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES. Artículo 4: "Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. Artículo 6: "Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.". CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. Artículo 6: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.". CONVENCION PARA LA PREVENCION Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO. Artículo 5: "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."

Es deber del Estado asegurar el cumplimiento estricto de la sanción que se imponga a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes internacionales, como resultado de la investigación, el juzgamiento y la condena.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: *“La investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, (...) es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad (...)”*. Como expresión del deber de garantía, exige la Convención Americana que el aparato estatal no solo investigue los hechos sino que castigue a los responsables de manera seria, lo que implica que la sanción se aplique efectivamente y no de forma puramente simbólica. La sanción debe ser real, verdadera y sincera, sin engaño o burla, doblez o disimulo.

Y en el caso de las *“Masacres de Ituango vs. Colombia”*<sup>34</sup> la Corte fue enfática en señalar que mientras no se cumpla la pena, la investigación pierde su efectividad y subsiste la impunidad: *“La impunidad parcial y la falta de efectividad del proceso penal en este caso se reflejan en dos aspectos: en primer lugar, la gran mayoría de los responsables no han sido vinculados a las investigaciones o no han sido identificados ni procesados... En segundo lugar, la mayoría de las personas que han sido condenadas a penas privativas de la libertad no han sido detenidas.”*

Reiterando la importancia de la captura para garantizar la efectividad de la sanción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido impunidad como *“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”*.<sup>35</sup>

### **3.1.3. Castigo y la adecuada ejecución de las penas son imperativos**

El Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional reafirma que *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”*.

Sobre la obligación que se deriva del Estatuto para los Estados Parte que adelantan negociaciones de paz, el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional advirtió que *“una vez que un Estado se une al sistema del Estatuto de Roma, acepta que la justicia es parte integral de la solución de conflictos y [de] la creación de una paz sostenible”* y que *“el enjuiciamiento efectivo de tales crímenes [crímenes de competencia de la CPI] busca contribuir a su prevención”*.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia del 1 de julio de 2006. Párr. 325.

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Párr. 173.

<sup>36</sup> STEWART. Op. Cit.

En el contexto del examen preliminar que adelanta sobre la situación de Colombia, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha señalado que *“existen motivos razonables para creer que desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de lesa humanidad, se han cometido por actores no estatales (...): asesinato (...); traslado forzoso de población (...); encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; tortura (...); y violación y otras formas de violencia sexual...”*<sup>37</sup>.

Sobre la continuidad del examen preliminar mientras se hacen efectivas penas proporcionales por las conductas relacionadas, explicó el Fiscal Adjunto: *“La Fiscalía consideró que aquellas personas dentro de las FARC y el ELN que presuntamente eran los más responsables por los crímenes más graves habían sido sometidos a procesos nacionales genuinos. Esta conclusión se alcanzó sobre la base de las condenas dictadas por las autoridades judiciales colombianas contra líderes de las FARC y el ELN por conductas relevantes para la CPI. Sin embargo, esta conclusión estaba sujeta a la adecuada ejecución de las penas... Cuando el proceso resulte en una condena, la evaluación de la voluntad real también abarcará la pena impuesta. Este es el motivo por el que, en el informe intermedio sobre su examen preliminar, la Fiscalía consideró que eran genuinos los procesos llevados a cabo contra los líderes de las FARC y el ELN, que fueron condenados in absentia – siempre que se haga una adecuada ejecución de [las] sentencias... la forma en que un acuerdo de paz afecte los procesos a nivel nacional tendrá un impacto sobre el examen de la Fiscalía acerca de la admisibilidad de los casos procedentes de la situación en Colombia ante la CPI”*.

Quiere decir lo anterior, que a pesar de que se haya adelantado un proceso penal genuino que concluyera en una sentencia de condena, la CPI mantiene la expectativa de conocer el caso si la pena impuesta no se hace efectiva. De esa manera, si respecto de las sentencias que cita la Fiscalía de ese organismo en contra de miembros de las FARC por crímenes de trascendencia internacional no se verifican las penas, sería tanto como que el Estado se hubiera negado a administrar justicia eficaz.

Para la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, *“la aplicación [de las disposiciones del Estatuto de Roma] debe ser consistente con su objetivo principal: terminar con la impunidad de los crímenes más serios. Con ese propósito, el Estatuto, y*

---

<sup>37</sup> FISCALÍA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reporte intermedio sobre la situación de Colombia, noviembre de 2012. Este informe señaló también que: *“Sobre la base de la información disponible y sin perjuicio de la existencia de otros posibles crímenes de competencia de la Corte que puedan determinarse en el futuro, la Fiscalía ha determinado que existe un fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2002, como mínimo los siguientes actos que constituyen crímenes de lesa humanidad han sido cometidos por órganos del Estado: asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto, y desaparición forzada, en virtud del artículo 7(1)(i) del Estatuto de Roma... Existe fundamento suficiente para creer que desde el 1 de noviembre de 2009 hasta la fecha miembros de las fuerzas armadas han cometido, como mínimo, los siguientes actos, que constituyen crímenes de guerra: homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra civiles, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi).”*

*otros instrumentos internacionales, reiteran la obligación de los Estados Miembro no sólo de investigar y perseguir, sino de castigar a los perpetradores de tales crímenes.”<sup>38</sup>*

#### **3.1.4. Voluntad de investigar y sancionar abarca la debida ejecución de la pena**

Para la Fiscalía de la Corte Penal Internacional *“cuando el proceso resulte en una condena, la evaluación de la voluntad real también abarcará la pena impuesta.”* De manera reiterada la Fiscalía de la CPI ha señalado que la suspensión de la ejecución de la pena podría comportar la sustracción de la responsabilidad penal. Es forzoso concluir que frente al Estatuto de Roma se observarían las condiciones de admisibilidad de un caso por parte de la Corte Penal Internacional si las penas impuestas como resultado de un enjuiciamiento penal, a pesar de ser adecuadas y proporcionales a la gravedad del crimen cometido, no se cumplen o se suspenden prematuramente al punto de convertirlas en penas simbólicas, no efectivas.

La suspensión total de la pena o su no ejecución, la imposición únicamente de sanciones administrativas o de penas manifiestamente desproporcionadas ante las atrocidades, equivale en la práctica a perdón y a la inexistencia de la pena, circunstancia que configuraría la ausencia de voluntad del Estado de castigar los crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, dando lugar a los presupuestos de competencia de la jurisdicción penal internacional.

De otra parte, las condiciones que ha mencionado la Fiscalía de la Corte Penal Internacional como *reconocimiento de responsabilidad penal, desmovilización, desarme, garantías de no repetición de la conducta, contribución al esclarecimiento de la verdad respecto de los crímenes graves* y demás que se impongan para acceder a una reducción de la pena, son eso, condiciones que procuran restablecer los derechos de las víctimas a cambio de beneficios penales, no penas en sí mismas. Estas condiciones son siempre medidas necesarias en un contexto de justicia transicional para justificar la pena reducida y no podrán tener el carácter de penas ni ser tenidas como tales, al menos no como sanciones adecuadas y proporcionales frente a la gravedad de los hechos.

#### **3.1.5. La justicia transicional admite flexibilidad sin desvirtuar la pena**

La Corte Constitucional ha encontrado justificada cierta flexibilidad en el diseño de una justicia transicional en el contexto de negociaciones de acuerdos de paz<sup>39</sup>: *“(…) se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social.”*

---

<sup>38</sup> FATOU. Op. Cit.

<sup>39</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Párr. 4.2.2.

Para la Corte, la comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero “no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.”

Sobre el cumplimiento de la pena en lugares adecuados como requisito de efectividad sigue la Corte: “...desde el punto de vista de los derechos de las víctimas a que se haga justicia, con fundamento en el principio de dignidad resulta manifiestamente desproporcionado someterlas a lo que podría ser considerado, desde su aflicción, como impunidad. La dimensión colectiva del derecho a que se haga justicia podría verse también afectado por la percepción de impunidad que se deriva de adicionar a los significativos beneficios que en materia punitiva consagra la ley [penas alternativas o reducidas], otros beneficios en la ejecución de la pena que la desvirtúan por completo. Por las anteriores consideraciones... dichos establecimientos [los destinados a la reclusión de las autodefensas ilegales] quedan sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario”.

Lo anterior es una autorización al Estado para adoptar mecanismos de justicia transicional flexibles frente a la justicia penal ordinaria, pero también un riguroso límite a la libertad de configuración normativa que se concreta en la imposibilidad de que los beneficios penales que se diseñen lleguen a desvirtuar la pena, al punto de tornarla inefectiva, situación ésta que la jurisprudencia reconoce como impunidad.

Sobre ese mismo tópico, la Sentencia que revisó el marco jurídico para la paz (Acto Legislativo 01 de 2012) reitera que “la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con la participación de las víctimas, y la pena deberá ser proporcional y efectiva.”<sup>40</sup>

### **3.1.6. Prohibición de suspensión total de la pena**

La suspensión de la ejecución de la pena alternativa no puede ser total en un marco de justicia transicional para los condenados como máximos responsables de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. En caso de que se establezca una suspensión condicionada, ésta debe ser razonable para no decaer en impunidad.

Si bien la reducción de la pena es diferente a la suspensión condicionada de la misma, una y otra afectan el tiempo de efectivo cumplimiento de la pena de privación de la libertad. No obstante el Estatuto de Roma no contempla la suspensión de la ejecución de la pena, sí

---

<sup>40</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. Párr. 8.1.3.1.

permite la posibilidad de su reducción en determinados casos. Señala el artículo 110 del Estatuto que *“sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.”*

Esta posibilidad de reducción, sin embargo, está sujeta a la existencia de factores que dada la gravedad de los delitos exigen como mínimo que el recluso haya cooperado de manera continua con la Corte en sus procesos, que haya facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos y que haya ayudado en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación en beneficio de las víctimas.

Considerando que la pena debe ser efectiva, genuina y proporcional a la gravedad del crimen cometido, es obvio que figuras como la suspensión de la pena o la reducción de la misma deben estar limitadas para no constituir una forma de burla de la pena. No tendría sentido que con el objeto de beneficiar a los perpetradores y a pesar de haberse adelantado rigurosamente la investigación, el juzgamiento y adoptado la condena, al final se ordenara en la sentencia suspensión de la pena o se dispusiera una reducción de la misma que terminara haciéndola absolutamente desproporcionada.

Por esa razón, la Fiscal de la Corte Penal Internacional afirmó que *“la suspensión de penas iría en contra de [la] finalidad y propósito del Estatuto de Roma, debido a que impediría en la práctica el castigo de quienes han cometido los crímenes”* y que *“la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión de perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (ius cogens) en derecho internacional.”*<sup>41</sup> Empero, si bien esa suspensión no puede ser total, sí es posible que trascurrido un tiempo del cumplimiento de la pena pueda operar de forma parcial, al igual que es plausible una figura distinta consistente en la reducción de la pena, siempre que *“la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen”*.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013 prescribió que *“...la suspensión total de la ejecución de la pena no se aplica a los casos seleccionados, es decir, a los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino a otros responsables.”* La decisión obedece a la gravedad de tales crímenes lo cual exige, en términos del Estatuto de Roma, *“castigo efectivo”*. La pena de reclusión para esos crímenes debe ser cumplida al menos de manera parcial, sustituirla por otra equivaldría a su suspensión total que, como quedó explicado, no procede en el derecho penal internacional para los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

---

<sup>41</sup> FATOU. Op. Cit.

Dado que la suspensión de la ejecución de la pena comporta un beneficio adicional al establecimiento de penas alternativas, la Corte Constitucional previó en la citada Sentencia que se trata de una suspensión condicionada orientada a satisfacer los derechos de las víctimas: *“La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican, por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.”*

Teniendo en cuenta que la justicia transicional pretende ser un instrumento de paz para la terminación del conflicto armado interno, la reducción de la pena, al igual que una suspensión parcial de la misma, son posibles si existen garantías de no repetición, pleno reconocimiento de responsabilidad en los hechos victimizantes, revelación exhaustiva, detallada y completa de la verdad por parte de los máximos responsables. En ese sentido, la reducción de la pena o la suspensión parcial no pueden operar sin el desarme absoluto y la desmovilización completa del grupo.

### **3.1.7. Conclusiones**

- a. Los órganos y organismos internacionales, así como la Corte Constitucional de Colombia, señalan la ineludible responsabilidad de investigar y castigar el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Ese deber no se agota con investigar y sancionar, sino que se extiende hasta la efectiva ejecución de la pena.
- b. La competencia de la Corte Penal Internacional depende de que las penas a las que han sido condenados los miembros de las FARC sean cumplidas de manera adecuada. Si en virtud de lo que se acuerde en la Mesa de Negociación las penas impuestas hasta el momento no se hacen efectivas, dejan de ser proporcionales a la gravedad de los hechos o escapan a su ejecución, se estaría ante los presupuestos que dan lugar a la eventual activación de la competencia de la Corte Penal Internacional.
- c. Frente a las obligaciones estatales de investigación, sanción y cumplimiento efectivo de la pena en caso de crímenes internacionales, el carácter político que se pretenda invocar o el contexto de las acciones de violencia en las que se ejecutaron dichos crímenes es irrelevante. Ante esas conductas no hay opción, la investigación y sanción efectiva son ineludibles. La no investigación o la no efectividad de la pena podrían activar la competencia de la Corte Penal Internacional y poner en grave riesgo el cumplimiento de los Acuerdos que se alcancen con las FARC, por constituir impunidad.

- d. La suspensión total de la ejecución de la pena no se puede aplicar a los condenados como máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En caso de que se establezca una suspensión condicionada, ésta debe ser razonable y tener siempre en cuenta el criterio de proporcionalidad para no configurar impunidad.
- e. La alternativa de reducción de la pena comparte los condicionamientos de la suspensión parcial y en el derecho penal internacional está sujeta a que el condenado haya cumplido por lo menos las dos terceras partes de la condena. Además, el máximo responsable deberá estar cooperando con los juicios e investigaciones en curso y con los procesos tendientes a esclarecer la verdad, también en restablecer los derechos de las víctimas y facilitar la ejecución de las órdenes judiciales.
- f. En un marco de justicia transicional es compatible con el derecho internacional que se establezcan penas alternativas que complementen y no sustituyan la pena de reclusión. Reemplazar la pena de reclusión por otra de naturaleza diferente equivaldría a la suspensión total de la pena que significaría impunidad.

### **3.2. La pena debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las condiciones personales de los responsables**

Resulta equivocado considerar que para que no exista impunidad es suficiente con emitir sentencias que establezcan la responsabilidad individual frente a hechos que constituyen graves crímenes contra la humanidad. Para que no exista impunidad se requiere además que la pena sea adecuada y que se cumpla. La obligación frente a la pena sólo se extingue cuando ésta se ejecuta. En caso de inobservancia de la pena o de que sea inadecuada la CPI puede adquirir competencia.

Ha sido una constante en los juicios penales internacionales que la gravedad y características del delito, así como las condiciones del autor sean tomadas como fundamento por el juez a la hora de fijar la pena. En concordancia, para que no exista impunidad, en aplicación del principio de proporcionalidad, la gravedad de la pena debe corresponder con la gravedad del hecho cometido y con las condiciones del sujeto responsable.

#### **3.2.1. Penas adecuadas y apropiadas: impunidad normativa e impunidad fáctica**

En el documento “Reflexiones sobre los principios concernientes al Derecho a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación”, Michael Frühling, Director, para el año 2003, de la Oficina en

Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>42</sup>, hace un análisis de los principios derivados de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que vinculan a los Estados, entre ellos: Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobados en 1985; Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, aprobados en 1998 y Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados en el año 2000. Al respecto, presenta las siguientes reflexiones:

*“Habrá impunidad no sólo cuando el autor de un delito escapa a su procesamiento penal, sino también cuando al ser declarado culpable es sancionado con penas no proporcionales a la naturaleza y a la gravedad de la conducta punible ejecutada. Hay impunidad normativa cuando un texto legal exime de pena a los criminales. Hay impunidad fáctica cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de sanción adecuada ya por fallas en el funcionamiento del poder judicial, ya gracias a la amenaza o a la comisión de nuevos hechos de violencia...”*

*La impunidad debe ser vista, al mismo tiempo, como fuente y como resultado de la injusticia. No hay justicia allí donde aquellos que han ultrajado la dignidad humana con actos violentos y reprochables pueden jactarse de haber eludido la potestad estatal de imponer sanciones adecuadas (...) la impunidad [a la luz de los principios estudiados] “constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.”*

Se eluden las sanciones adecuadas no solamente cuando el poder punitivo del Estado no se ejerce, sino cuando a pesar de existir condena ésta no se ejecuta o es manifiestamente desproporcionada teniendo en cuenta la gravedad de los crímenes perpetrados.

### **3.2.2. Penas deben cumplir criterios de razonabilidad y proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad de la pena en el marco del debido proceso y de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos comprende el derecho que tiene el condenado a que no se le imponga una pena superior a la gravedad del delito y que la pena no resulte, al contrario, reducida a tal punto que sea inadecuada frente a la gravedad de los hechos, lo que equivaldría a impunidad.

---

<sup>42</sup> FRÜHLING. Op. Cit.

En el fallo del caso La Rochela vs. Colombia, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que *“el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia”*

Y respecto a la necesidad de que la pena sea adecuada frente a la gravedad de los hechos continuó la Corte: *“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.”*<sup>43</sup>

El cumplimiento del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario está sometido a la actuación judicial y al respeto del debido proceso, a las garantías que lo componen y en especial al principio de proporcionalidad.

Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad garantizan, de una parte, una sanción adecuada frente a la gravedad de los hechos, y de otra, una garantía del debido proceso para el condenado; hacen parte entonces de la obligación de respeto de los derechos humanos que tiene el Estado, al tiempo que son un elemento central de lucha contra la impunidad. Ambas cosas constituyen un límite al poder punitivo del Estado, como lo señala la jurisprudencia constitucional:

*“En ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador tiene la facultad de tipificar todas aquellas conductas que, de acuerdo con una política criminal preestablecida, considere nocivas y señalar la correspondiente sanción a que se hacen acreedores quienes en ella incurran (...) sin embargo, cuando el legislador hace uso de dicha competencia debe observar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y además adecuar la política criminal a los fines, valores, principios y derechos contenidos en la Constitución.”*<sup>44</sup>

Ahora bien, la Constitución colombiana reconoce una amplia libertad de configuración legislativa para el juzgamiento y la imposición de penas, pero siempre y cuando las opciones que se adopten a través de la ley observen los criterios de razonabilidad y proporcionalidad a los que nos hemos referido: *“El legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor*

---

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Rochela vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Párr. 198.

<sup>44</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-806 de 2002. Resumen ejecutivo.

*repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.”<sup>45</sup>*

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad están vigentes en todo tiempo, pero adquieren mayor relevancia tratándose de las penas a imponer para los delitos que no admiten amnistía ni indulto por tratarse de las conductas más graves contra la humanidad, como lo son las graves violaciones a los derechos humanos, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

### **3.2.3. Pena depende de la gravedad del delito**

Los estatutos de los tribunales penales internacionales coinciden en que la fijación de la pena se deriva de la gravedad del delito y de las circunstancias personales del condenado:

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia señala en el artículo 24 que: *“al imponer cualquier pena, la Cámara de Primera Instancia tiene en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado”*.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda dispone en el artículo 23 que: *“al imponer las penas, las Salas de Primera Instancia deberán tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”*.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional consigna en el artículo 78 que: *“al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.”*

Por su parte, las Reglas de Procedimiento y Prueba para la CPI mencionan, entre otros, los siguientes factores para determinar la gravedad del crimen y las condiciones personales:

- a. La magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares.*
- b. La índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen.*
- c. El grado de participación del condenado.*
- d. El grado de intencionalidad.*
- e. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.*
- f. La edad, instrucción y condición social y económica del condenado.<sup>46</sup>*

De otro lado, la Fiscal de la Corte Penal Internacional señaló en relación con la compatibilidad de la suspensión de penas con el Estatuto de Roma y la proporcionalidad de la pena:

---

<sup>45</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de 1998. Párr. 1.2.1.

<sup>46</sup> ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Reglas de Procedimiento y Prueba, Regla 145.1.c.

*“Una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la actuación del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas (...) la duración de la pena de prisión puede ser un factor relevante en los casos en los que la pena resulta tan desproporcionada que se puede cuestionar la intención de someter a las personas a la acción de la justicia... “*

Para la Fiscalía, esa interpretación encuentra arraigo en la jurisprudencia de otros órganos internacionales, convenciones internacionales y el Comité de Derechos Humanos: *“La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece la obligación de los Estados de adoptar sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio. Además, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes establece la obligación de los Estados de que todos los actos de tortura sean castigados con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (...)”<sup>47</sup>*

Adicionalmente, el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional ha sostenido que *“en sus propios procesos, la CPI procura imponer sanciones que sean proporcionales a la gravedad de los crímenes y al nivel de responsabilidad de las personas condenadas (...) a nivel nacional, una pena que resulte manifiestamente inadecuada a la luz de la gravedad del delito y del grado de responsabilidad de la persona condenada podría viciar el aparente carácter genuino de ese proceso”*, lo que implica que una situación de este tipo activaría la competencia de la Corte Penal Internacional.

#### **3.2.4. Reducción de penas está condicionada a la satisfacción de los derechos de las víctimas**

En la Sentencia C-579 de 2013 la Corte Constitucional condiciona las penas alternativas y las modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena a la satisfacción de los derechos colectivos e individuales de las víctimas. La Corte encontró que la imposición de penas alternativas, reducidas de forma importante con relación a las consagradas en el código penal ordinario, es admisible siempre y cuando haga parte de un esquema que busque la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas. Esta línea jurisprudencial se remonta a las Sentencias C-370 de 2006, C-1199 de 2008 y C-771 de 2011: *“Esta Corporación ha reconocido la constitucionalidad de la denominada alternatividad la cual estará sujeta al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (...)”*.

En este sentido, la Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, *“no implican, por sí solos una sustitución de los pilares*

---

<sup>47</sup> FATOU. Op. Cit.

*esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario.”*

### **3.2.5. Conclusiones**

- a. La pena que se imponga a los máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra debe ser genuina. Para que sea genuina debe ser proporcional a los hechos perpetrados.
- b. Aún en el marco de la justicia transicional el Estado tiene una competencia limitada por la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho penal internacional para fijar la pena respecto a determinados crímenes. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en todo caso, deben ser siempre observados.
- c. En este marco, puede el Estado adoptar un régimen flexible de penas, pero en ningún caso al punto de que éstas sean aparentes y decaigan en impunidad por carecer de proporcionalidad frente a la gravedad de los hechos. Las penas que resulten groseramente inadecuadas podrían activar la competencia de la Corte Penal Internacional.
- d. En justicia transicional el criterio de proporcionalidad debe interpretarse en relación directa con la satisfacción de los derechos de las víctimas. En estos casos, si bien se tiene en cuenta la gravedad del crimen cometido, la pena será notoriamente reducida como consecuencia del compromiso activo del victimario con la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, la reparación y la garantía de no repetición.

### **3.3. La reclusión es la pena para graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad**

En el marco de un proceso de paz que permita dejar atrás el conflicto armado no internacional, la pena de reclusión para máximos responsables de crímenes atroces no debe tener la connotación de una imposición, una derrota o una humillación, por el contrario, la pena es una oportunidad para demostrar la sincera voluntad de reconciliación con la sociedad. Es un medio para la dignificación de la víctima pero también del victimario. Si se quiere, es un sacrificio de quien la cumple y de la sociedad que admite que ésta sea ostensiblemente reducida.

No en vano, los estatutos de los tribunales penales internacionales que se han creado para juzgar esta clase de conductas establecen como única opción frente a los crímenes de su competencia, la pena de reclusión.

### 3.3.1. Pena de reclusión es la adecuada para crímenes atroces

Para el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional evaluar si una condena fue manifiestamente inadecuada lleva a tener en cuenta una serie de factores, entre ellos,<sup>48</sup> *“la práctica habitual a nivel nacional en cuanto a la imposición de penas por crímenes del Estatuto de Roma; la proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor; el tipo y grado de restricciones a la libertad; la existencia de circunstancias atenuantes”* (Subrayado fuera de texto).

En el ordenamiento jurídico colombiano, dependiendo de la gravedad, la pena de prisión que se impone frente a crímenes de guerra consagrados en el Código Penal como infracciones al Derecho Internacional Humanitario, oscila entre 4 y 40 años. En ese rango de pena están el homicidio, lesiones, tortura o acceso carnal violento en persona protegida, prostitución forzada, toma de rehenes, actos de barbarie, destrucción de bienes protegidos, ataques contra obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y destrucción del medio ambiente. Tales penas son proporcionales a la gravedad de los crímenes y son el referente necesario al fijar el régimen de penas de reclusión que debe aplicarse a quienes han perpetrado crímenes atroces, en un marco de justicia transicional.

La Corte Constitucional subraya que en contextos de justicia transicional la pena debe ser adecuada: *“Aún en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del ius puniendi reclama en el Estado constitucional de derecho”*<sup>49</sup>. En otras palabras, en un Estado de derecho la búsqueda de la paz no justifica que las penas frente a los crímenes atroces sean manifiestamente inadecuadas, menos frente a los máximos responsables de su comisión. La paz debe sustentarse en un modelo de justicia que reconozca que tales crímenes merecen una pena proporcional y no simplemente sanciones que resulten simbólicas dada la gravedad del crimen que se persigue.

Con base en esto y no obstante que se trata de un marco de justicia transicional, la sanción que se debe imponer a las personas que han cometido crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos es una pena privativa de la libertad, que debe ser adecuada y proporcional respecto a la gravedad del delito e impuesta en un proceso judicial. Esos elementos, junto al tipo y grado de restricciones de la libertad, son los que determinan que la pena sea justa y adecuada. Evidentemente no lo será, si la sanción es de orden administrativo o si resulta simbólica por ser desproporcionada o suspendida total o parcialmente de modo que con ello se evada su cumplimiento efectivo.

### 3.3.2. Reclusión es la regla en el derecho penal internacional

---

<sup>48</sup> STEWART. Op. Cit.

<sup>49</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 370 de 2006. Párr. 6.2.3.3.4.5.

Los estatutos de cortes internacionales creadas por los Estados con el fin de que no exista impunidad y se persiga y castigue a los perpetradores de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio, coinciden en que la pena a imponer es la reclusión:

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia consigna en su artículo 24 que *“La Cámara de Primera Instancia sólo impone penas de prisión.”*

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda dispone en su artículo 23 que *“la Sala de Primera Instancia sólo podrá imponer penas de privación de la libertad”*.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que se podrá imponer *“una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.”*<sup>50</sup>

La adopción de estos tres estatutos demuestra que existe un muy amplio consenso de la comunidad internacional sobre la necesidad de que los crímenes de mayor trascendencia sean objeto de castigo y que dada la gravedad de esos crímenes, la única pena a imponer es la reclusión. Esta pena es un obligatorio referente para los países que han ratificado el Estatuto y que deben definir el régimen de penas interno para crímenes de la misma magnitud. Penas diferentes a la reclusión para esta clase de crímenes podrían constituir penas puramente simbólicas, inadecuadas o manifiestamente groseras debido a su desproporcionalidad.

### **3.3.3. Reclusión es la pena aplicada por los Tribunales Penales Internacionales**

Los condenados por el TPI para ex Yugoslavia cumplen sus sentencias en prisiones de los países miembros de la Unión Europea. En el caso del TPI para Ruanda, el Primer Ministro durante el Genocidio, Jean Kambanda, condenado en 1998, cumple pena de cadena perpetua en Malí, en la prisión central de Bamako. Por su parte, Thomas Lubanga, primer condenado por la Corte Penal Internacional por reclutamiento de menores, así como Charles Taylor, condenado a 50 años de prisión por el Tribunal para Sierra Leona, se encuentran detenidos en locales de la Corte en La Haya.

En noviembre de 2007, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia había concluido 108 procedimientos, 52 acusados habían sido sentenciados, 7 absueltos, 36 muertos o bien su acusación retirada, 13 remitidos a jurisdicciones nacionales. Dentro de la lista de

---

<sup>50</sup> ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Artículo 5: *“La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.”*

acusados se encuentran civiles y miembros de las fuerzas armadas provenientes de los Estados implicados en el conflicto de la ex Yugoslavia, de todos los rangos jerárquicos<sup>51</sup>.

Por su parte, a diciembre de 2012 el Tribunal Penal Internacional para Ruanda había completado la primera parte de su mandato. De las 92 personas acusadas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, 49 fueron declaradas culpables y condenadas; 2 casos fueron retirados y 10 transferidos a jurisdicciones nacionales; 2 acusados fallecieron antes de la finalización de sus juicios; y 14 resultaron absueltos. A marzo de 2014, 12 casos se encontraban en fase de apelación<sup>52</sup>. Entre los casos concluidos están los de dueños de organizaciones de medios de comunicación que participaron en la incitación al odio, así como ex jefes militares y dirigentes de gobierno, entre ellos el ex primer ministro Jean Kambanda y el ex alcalde Jean Paul Akayesu.

El 10 de julio de 2012 la Corte Penal Internacional dictó su primera y única sentencia condenatoria hasta la fecha, imponiendo a Thomas Lubanga una pena de 14 años de prisión por el alistamiento, reclutamiento y utilización de niños como soldados en las hostilidades en la región de Ituri (República Democrática del Congo) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. La sentencia fue confirmada en segunda instancia por la Sala de Apelaciones de la CPI el 1º de diciembre de 2014.

Se anexa al presente estudio una detallada relación de nombres, crímenes y duración de la pena de reclusión a la que han sido sometidos por parte de los tribunales internacionales los perpetradores de crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad en los casos de la ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona y Camboya.

La pena de reclusión es la sanción adecuada y proporcional dada la gravedad de los crímenes que exigen mayor reproche de la comunidad internacional.

#### **3.3.4. Conclusiones**

- a. A la luz del derecho penal internacional, de la exigencia del principio de proporcionalidad y del carácter genuino que debe tener la pena, así como de su efectividad, la reclusión es la sanción a imponer frente a los crímenes internacionales y las graves violaciones a los derechos humanos.
- b. En la justicia transicional la discrecionalidad de los Estados en materia de penas no autoriza eludir la pena de reclusión como sanción adecuada y proporcional para los máximos responsables, aunque pueden existir modalidades de ejecución en cuanto a su forma y duración.

---

<sup>51</sup> Información disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia.html>. Último acceso el 8 de abril de 2015.

<sup>52</sup> Información disponible en <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgjustice.shtml>. Informe publicado en marzo de 2014.

- c. Si no hay pena efectiva, real y cierta de reclusión, se desvirtúa por completo la autenticidad de la investigación, el juzgamiento y la condena, dando paso a la impunidad. Sanciones diferentes a la reclusión o dar otro significado a ésta para evadir la aplicación efectiva de la pena, potencialmente activa la competencia de la Corte Penal Internacional y puede llegar a configurar responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones.
- d. La seguridad jurídica que requieren los máximos responsables de crímenes internacionales pasa por cumplir penas de reclusión.

### **3.4. La pena de reclusión se debe cumplir conforme a los regímenes generales**

Con el fin de asegurar la efectividad de la pena, el principio de proporcionalidad y el respeto de los mínimos derivados del derecho penal internacional, el Estado tiene límites al momento de definir regímenes especiales para el cumplimiento de la reclusión cuando se trata de máximos responsables de crímenes de guerra, lesa humanidad, genocidio y graves violaciones a los derechos humanos que no tengan esa connotación.

La flexibilidad para regular las modalidades de ejecución no debe desvirtuar la pena hasta convertirla en simbólica o en un simulacro. De ocurrir, se afectaría el carácter genuino de la acción punitiva del Estado y se presentarían los presupuestos para activar la competencia de la jurisdicción penal internacional.

#### **3.4.1. Reclusión implica condiciones de dependencia y sujeción**

Para que la pena de reclusión sea efectiva se requiere que el condenado esté sometido a condiciones de dependencia y sujeción, expresiones de la privación de la libertad. En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>53</sup>: *“el principal elemento que define la privación de la libertad es la dependencia del sujeto a las decisiones que adopte el personal del establecimiento donde éste se encuentra recluso. Es decir, las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia”*.

Continúa la CIDH: *“Este particular contexto de subordinación de la persona frente al Estado (...) se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar (...)”*.

La sujeción y dependencia del condenado conllevan orden y disciplina, con firmeza, *“pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena*

---

<sup>53</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. Washington, 2011, párr. 49.

*organización de la vida en común*”, según lo señalan las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos”, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente<sup>54</sup>.

Las condiciones de dependencia y sujeción se materializan, entre otros aspectos, a través del reglamento interno y el régimen disciplinario, los cuales deben corresponder a los parámetros generales establecidos por la ley para los centros de reclusión y tener en cuenta la gravedad de los crímenes.

### **3.4.2. Reclusión se debe cumplir conforme al régimen penitenciario ordinario**

Ahora bien, el derecho penal internacional remite las condiciones de cumplimiento de la pena al régimen penitenciario ordinario, es decir al que rige en el derecho interno de país donde se deba cumplir la pena de reclusión. Los estatutos ya citados señalan:

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia dispone en el artículo 27 que *“la pena de encarcelamiento será llevada a cabo en un Estado designado por el Tribunal sobre la lista de Estados que hayan hecho saber al Consejo de Seguridad que están dispuestos a recibir a los condenados. La reclusión estará sometida a las reglas nacionales del Estado concernido, bajo control del Tribunal Internacional.”*

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece en el artículo 26 que *“las penas de encarcelamiento se cumplirán en Ruanda o en alguno de los Estados designados por el Tribunal Internacional para Ruanda de una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad que están dispuestos a aceptar a los condenados. El encarcelamiento se llevará a cabo de conformidad con la legislación aplicable del Estado interesado y estará sujeto a la supervisión del Tribunal Internacional para Ruanda.”*

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que la pena se debe cumplir en un establecimiento penitenciario en el país sede de la Corte (Holanda) o en otro de acuerdo con los convenios que se puedan establecer entre la Corte y otros países e impone en su artículo 106 que *“las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las Convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución.”*

Lo anterior significa que el cumplimiento de la pena de reclusión para los responsables de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional no se puede hacer de cualquier forma, sino de aquella que está prevista para los delitos de similar gravedad.

---

<sup>54</sup> NACIONES UNIDAS. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

La flexibilidad que tiene el Estado en un marco de justicia transicional para establecer regímenes especiales de reclusión, medidas de ejecución de la pena o beneficios penitenciarios, no le permite establecer condiciones manifiestamente desproporcionadas al cotejarse con dicho parámetro.

### **3.4.3. Reclusión se define por la restricción de derechos fundamentales**

Por otra parte, para establecer el carácter genuino de la pena de reclusión, ésta deberá evaluarse a la luz de las restricciones que dicha sanción conlleva de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Sobre la necesaria afectación y restricción de derechos constitucionales que recae sobre las personas privadas de la libertad señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-185 de 2011:

*“Entre los derechos afectados por el régimen jurídico de ejecución de la pena de prisión cabe destacar:*

- a) la libertad de locomoción (art. 24 CP), que se ve imposibilitada durante el tiempo de permanencia en la cárcel;*
- b) el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 CP), en su manifestación como facultad para disponer del propio tiempo durante la estancia en prisión, es sustraída al interno, quien está obligado a cumplir con los horarios y la distribución del tiempo programados en cada establecimiento;*
- c) la intimidad personal y familiar (art. 15 CP), sustancialmente limitada por la autorización para la práctica rutinaria de cacheos a los internos, incluido el desnudo integral, así como de registros a sus pertenencias, por la obligación de compartir celda con otros reclusos cuando sea necesario, al igual que por las limitaciones impuestas a la comunicación con sus familiares y allegados en cuanto a la frecuencia, duración y circunstancias en que se lleva a cabo, y la autorización para su eventual suspensión e intervención;*
- d) la inviolabilidad de la correspondencia privada (art. 15 CP), cuyo envío y recepción se somete a especiales condiciones, autorizándose su intervención sin previa orden judicial por parte de las autoridades penitenciarias;*
- e) el derecho a la información (art. 20 CP), debido a la posibilidad de restringir la circulación y disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión;*
- f) el derecho de propiedad (art. 58 CP), que comprende el derecho a usar las propias pertenencias, cuya limitación se autoriza cuando se trata de dinero, alhajas y otros objetos de valor no autorizados, o que se consideren peligrosos o de ilícita procedencia;*
- g) los derechos de reunión y asociación (art. 38 CP), así como la libertad de expresión (art. 20 CP), son sometidos a duras restricciones como consecuencia del régimen disciplinario de la prisión.”*

De esa forma, no habrá pena de reclusión genuina ni efectiva si esos derechos fundamentales no son objeto de restricción.

#### **3.4.4. Simple permanencia en zonas de concentración o ubicación no es parte de la pena**

En la Sentencia C-370 de 2006 la Corte Constitucional negó la posibilidad de que el tiempo durante el cual los miembros de las autodefensas ilegales permanecieron en zonas de concentración fuera tenido como parte de la pena, pues no había concurrido ninguna medida del Estado que hubiera conducido a las personas hasta dicho lugar: *“Generalmente, la permanencia en una zona de concentración por parte de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, en proceso de desmovilización, obedece a una decisión voluntaria de esas personas, lo que concurre a excluir cualquier posibilidad de equiparar a cumplimiento de pena una situación de tal naturaleza, que prescinde y desplaza las intervenciones estatales que caracterizan el monopolio estatal de la potestad sancionadora”*.

No basta con que los máximos responsables tengan que estar durante algún tiempo en ciertas zonas del país si no existen las condiciones de dependencia y sujeción descritas anteriormente, así como la restricción de los derechos fundamentales señalados por la Corte Constitucional, elementos éstos que definen la pena de reclusión y los espacios que pueden destinarse a su cumplimiento. Admitir lo contrario despojaría a la pena de su carácter genuino, requisito que de incumplirse debilitaría la seguridad jurídica de los responsables en tanto que podría constituir presupuesto para la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ratifica que aún en el marco de justicia transicional la efectividad de la pena está relacionada con la forma en que ésta se ejecuta. En la Sentencia C-370 de 2006 señaló que *“la imposición de una pena reducida en aplicación del beneficio de alternatividad penal exige que dicha pena sea cumplida efectivamente en lugares que tengan las características propias de los establecimientos de reclusión (...) es preciso recordar que la fase de ejecución de la pena corresponde a una de las más trascendentales expresiones del ejercicio del ius puniendi estatal(...).”*

#### **3.4.5. Es posible la progresividad en el cumplimiento de la pena**

La evolución del sistema penitenciario y carcelario en el país, a través de los diferentes Códigos expedidos en el Siglo XX, aporta elementos suficientes para establecer un sistema de ejecución de penas flexible en un marco de justicia transicional:

El Decreto Ley 1405 de 1934, primer Código de Régimen Penitenciario y Carcelario, impulsó los procesos de clasificación y tratamiento de internos.

El Decreto 1817 de 1964 dio explícita aplicación al “sistema progresivo”, lo que llevó a ensayar varias modalidades como el trabajo libre en cuadrillas ambulantes y estadía en las noches fuera del establecimiento para reclusos de confianza.

La Ley 65 de 1993, actual Código Penitenciario y Carcelario, normativiza los elementos principales del “sistema progresivo” y establece diferentes modalidades de reclusión, ordena la separación de los internos por categorías y señala las fases del tratamiento en alta, media y mínima seguridad y fase de confianza.

Las normas vigentes contemplan varios tipos de establecimientos de reclusión y dejan abierta la posibilidad para que se creen otros<sup>55</sup>. Uno de ellos son las tradicionales penitenciarias destinadas a la reclusión de condenados, otros son las colonias agrícolas<sup>56</sup> a las que preferencialmente deberían ir personas de extracción campesina.<sup>57</sup> La posibilidad de crear sitios de reclusión bajo parámetros específicos que prevé esa legislación se ve reforzada con la facultad señalada en la Ley 1709 de 2014, según la cual el Gobierno podrá establecer *“especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.”*

En todo caso, con el fin de garantizar la efectividad de la pena y el carácter genuino de la misma, la creación de sitios de reclusión, el diseño de condiciones especiales y de modalidades de ejecución y cumplimiento de la pena deben observar la dependencia, sujeción y restricción de derechos fundamentales que son propios de la pena privativa de la libertad.

### **3.4.6. Conclusiones**

- a. En el derecho internacional la pena de reclusión se debe cumplir conforme al régimen penitenciario que aplica a personas condenadas por similares delitos de acuerdo a la legislación ordinaria del Estado en el cual ésta se ejecute.
- b. La pena privativa de la libertad debe verificarse en un lugar que esté sujeto al régimen penitenciario común y observando los parámetros internacionales y constitucionales sobre reclusión.

---

<sup>55</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 65 (19, agosto, 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993, artículo 20.

<sup>56</sup> Ibid, artículo 28.

<sup>57</sup> En Colombia, desde 1912, se adoptó la política de establecer colonias penales agrícolas, entre ellas se destacaron: la colonia penal y agrícola en la ruta del proyecto del ferrocarril de Cúcuta al río Magdalena, denominada Almeida; la colonia penal del municipio de Ituango; la colonia penal y agrícola de Antadó; la colonia penal y agrícola en el municipio de Ataco en Tolima; la colonia penal y agrícola en la región del Sarare, Norte de Santander; la isla prisión Gorgona y las colonias penales de Araracuara y de Oriente (vigente).

- c. La pena de reclusión se define por dos elementos: a) la dependencia o sujeción del interno al Estado y b) la restricción de derechos constitucionales. Estos elementos, junto a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen los parámetros para definir las formas de cumplimiento de la pena.
- d. El ordenamiento jurídico colombiano ofrece flexibilidad para la ejecución de las penas siempre y cuando no se omita el carácter proporcional y adecuado de las mismas, se mantenga la restricción de derechos fundamentales y la relación de sujeción de los condenados respecto del Estado, es decir, que sean las autoridades penitenciarias las que ejerzan el control efectivo del lugar a través de la vigilancia, el orden y la disciplina en condiciones de dignidad y, por consiguiente, que sea el Estado el garante de la vida e integridad de los reclusos.

### **3.5. Las condiciones de reclusión deben ser dignas y seguras**

La condición de recluso no priva al condenado de su dignidad como persona humana ni lo saca de la órbita de las obligaciones de respeto y garantía que tiene el Estado según el derecho internacional.

#### **3.5.1. Reclusión debe respetar al ser humano**

La Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales garantizan los derechos de las personas que son objeto de pena privativa de la libertad. Indistintamente de la gravedad de los crímenes perpetrados las personas condenadas a reclusión, éstas deben tener la garantía de que su dignidad, integridad y valor intrínseco que tienen como seres humanos serán respetados por el Estado. El ejercicio de la potestad punitiva perdería su legitimidad si con su ejercicio se vulneran los derechos y la dignidad humana.

El derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos tiene plena vigencia en el tratamiento que deben recibir las personas privadas de la libertad. La norma consagra:

1. *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
2. *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*
3. *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*
4. *La pena no puede trascender de la persona del delincuente.*
5. *Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.*
6. *Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.*

7. *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*"

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho de las personas privadas de la libertad a recibir un trato humano mientras se hallen bajo custodia del Estado es una norma universalmente aceptada en el derecho internacional. Para ese organismo en el Sistema Interamericano este principio está consagrado fundamentalmente en el artículo XXV de la Declaración Americana que dispone que todo individuo que haya sido privado de su libertad *"tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"*.

Además consigna que *"el trato humano debido a personas privadas de libertad es un presupuesto esencial del artículo 5, numerales 1 y 2, de la Convención Americana que tutela el derecho a la integridad personal de toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte."*<sup>58</sup>

Por otro lado, las *"Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos"* reconocen que la prisión y demás medidas cuyo efecto es separar al delincuente del mundo exterior son aflictivas, porque despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad y que, por tanto, *"a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación."*<sup>59</sup>

### **3.5.2. Garantizar los derechos del interno es responsabilidad del Estado**

Con ocasión de la condena en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala<sup>60</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado adecuar su marco normativo y sus prácticas penitenciarias a los compromisos asumidos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente recomendó al Estado adoptar, dentro de un plazo razonable, *"las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a las normas internacionales de derechos humanos."*

La obligación de garantía que tiene el Estado es plena frente a los derechos de las personas privadas de la libertad. Como se indicó, el Estado ostenta respecto del recluso un deber de custodia que comprende el respeto a sus derechos y el deber garantizarlos. Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia T-596 de 1992 se pronunció de la siguiente forma:

---

<sup>58</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, 2011, párr. 67.

<sup>59</sup> NACIONES UNIDAS. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Párr. 130.

*“Si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos... La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección.”*

### **3.5.3. Seguridad de los reclusos es responsabilidad del Estado**

El deber de custodia implica para el Estado garantizar la vida e integridad de los reclusos. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que *“en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia.”*<sup>61</sup>

### **3.5.4. Conclusiones**

- a. El efectivo cumplimiento de la pena de reclusión debe respetar la dignidad humana de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, guerra y genocidio.
- b. La custodia que corresponde ejercer al Estado sobre los máximos responsables de los crímenes internacionales está acompañada de las obligaciones de respeto y garantía de sus derechos.
- c. La seguridad de los máximos responsables que cumplan pena de reclusión es una obligación del Estado conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

## **4. ANEXOS**

---

<sup>61</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución del 22 de abril de 2004, medidas provisionales en el caso de la Cárcel de Urso Branco, República Federativa de Brasil. Considerando 6.

**CARTA DIRIGIDA POR LA FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, FATOU  
BENSOUDA,  
AL PRESIDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

**Doctor**

**Jorge Iván Palacio Palacio**

**Palacio de Justicia**

**Bogotá, Colombia**

Ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu

Estimado Presidente,

Le escribo en referencia con la reunión que usted sostuvo con miembros de mi Despacho el 17 de abril de 2013, en la que se discutió, entre otros temas, el reto legal que suponía la reforma constitucional conocida como "Marco Jurídico para la Paz". Al respecto, quisiera informarle que he aconsejado al Gobierno de Colombia sobre la compatibilidad de la suspensión de penas con el Estatuto de Roma. He brindado esta recomendación, de forma confidencial, con arreglo a las reuniones realizadas entre mi Despacho y el Gobierno colombiano, durante las cuales las autoridades de su país solicitaron nuestra opinión sobre la compatibilidad del Estatuto de Roma con elementos potenciales de un acuerdo de paz, en particular lo relacionado con la suspensión de penas. Teniendo en cuenta las deliberaciones que se están adelantando con el estudio de constitucionalidad de las disposiciones del "Marco Jurídico para la Paz", quería informarle el consejo que le ofrecí al Gobierno colombiano sobre el tema.

Como es de su conocimiento, mi Despacho goza de una relación de trabajo cercana con el Gobierno de Colombia, combinando fuerzas para acabar con la impunidad de los crímenes cometidos durante el conflicto en el país. Colombia siempre ha estado a la vanguardia en los esfuerzos de poner en práctica el principio de complementariedad, a través de la investigación y persecución doméstica de los responsables por los delitos internacionales. La investigación, persecución y condena de los líderes de las FARC, aunque en ausencia, por conductas que constituirían crímenes de la Corte Penal Internacional, han sido un componente esencial de los esfuerzos del Gobierno para terminar la impunidad de dichos delitos.

En el Informe Parcial de noviembre de 2012, mi Despacho concluyó que *"sujeto a la ejecución apropiada de las sentencias de los condenados, la información disponible indica que quienes tienen la mayor responsabilidad dentro de las FARC y el ELN por los delitos más serios ya han sido objeto de un verdadero proceso judicial interno"*. A partir de ese

momento, mi Despacho ha analizado las implicaciones que la suspensión de la pena de prisión tendría como criterio de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional. Este escenario presenta una cuestión novedosa en la interpretación del criterio de admisibilidad contenido en el artículo 17 del Estatuto de Roma. De ahí que haya solicitado a mis colaboradores que examinaran cuidadosamente este punto, atendiendo la historia del proceso de redacción y los comentarios de expertos sobre las disposiciones relevantes del Estatuto de Roma, el objeto y propósito del Estatuto, la jurisprudencia de otras fuentes incluyendo la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente, las condiciones que se impondrían a la suspensión de la pena bajo las circunstancias particulares de una desmovilización, con el fin de terminar un conflicto armado.

Como resultado de este análisis, llegué a la conclusión que una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas. Debido a que la suspensión de la pena de prisión significa que el acusado no pasa tiempo recluido, quisiera advertirle que se trata de una decisión manifiestamente inadecuada para aquellos individuos que supuestamente albergan la mayor responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La decisión de suspender la pena de prisión de tales personas sugeriría que el proceso judicial promovido tiene el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, según lo establecido en los artículos 17(2)(c) y 20(3)(a) o, de forma alternativa, que el proceso judicial fue conducido de manera tal que resulta inconsistente con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, bajo los artículos 17(2)(c) y 20(3)(b). Quisiera resaltar que esta conclusión no se fundamenta en razones de políticas públicas (reglamentación), política o conveniencia, ya que se basa en la interpretación legal más razonable de las disposiciones del estatuto de Roma, en atención a los factores mencionados anteriormente, que serían estudiados por los jueces de la CPI si tuvieran que fallar sobre el tema. También he tomado en consideración el asunto por su valor potencial de sentar un precedente para los demás casos y situaciones ante la Corte, en el presente y el futuro.

Aunque el tema fue polémico durante las negociaciones del Estatuto de Roma, la historia del proceso de redacción y los comentarios de expertos sustentan que la duración de la pena de prisión puede ser un factor relevante en los casos en los que la pena resulta tan desproporcionada que se puede cuestionar la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Por ejemplo, en el Reporte informal del grupo de expertos sobre el principio de complementariedad de 2003, promovido por la Oficina del Fiscal, consideró que un indicador relativo a la "sustracción" o a la "intención" es si "*se concedieron*

*amnistías, perdones o penas groseramente inadecuadas después del juicio, de forma tal que se cuestionen la veracidad o autenticidad de todo el proceso judicial".*

Esa interpretación encuentra sustento en la jurisprudencia de otros órganos internacionales, convenciones internacionales y el Comité de Derechos Humanos. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio establece la obligación de los Estados de adoptar sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio. Además, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece la obligación de los Estados de que todos los actos de tortura sean castigados con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

En el caso de Barrios Altos v. Perú, la Corte Interamericana sostuvo que *"los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado"*. Además, la Corte consideró que los listados deben asegurar que la concesión de beneficios en la ejecución de las condenas no lleve eventualmente a una forma de impunidad, especialmente para graves violaciones de derechos humanos. En el caso de Heliodoro Portugal v. Panamá, la CIDH afirmó que la regla de proporcionalidad requiere que *"los Estados, en el ejercicio de su deber de persecución, impongan penas que verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad (...)"*. En el caso de Bautista de Arellana v. Colombia, el Comité de Derechos Humanos manifestó que *"los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados (...) en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, en particular cuando se alega la violación del derecho a la vida"*.

Una última consideración que influye nuestra interpretación del Estatuto de Roma es que la aplicación de sus disposiciones debe ser consistente con su objetivo principal: terminar con la impunidad de los crímenes más serios. Con ese propósito, el Estatuto, y otros instrumentos internacionales, reiteran la obligación de los Estados Miembro no solo de investigar y perseguir, sino de castigar a los perpetradores de tales crímenes (*"los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo"*). Atendiendo las metas del Estatuto, la suspensión de penas iría en contra de su finalidad y propósito del Estatuto de Roma, debido a que impediría en la práctica el castigo de quienes han cometido los crímenes más graves.

En las circunstancias particulares que representa el esquema de justicia transicional que está diseñado para terminar conflictos armados, se exige que el perpetrador cumpla

condiciones de desmovilización y desarme, garantice la no repetición de los hechos delictivos, reconozca su responsabilidad penal, participe plenamente en los esfuerzos por establecer la verdad sobre los delitos más graves. Estas circunstancias sumadas a la prohibición de participar en la vida pública, podrían justificar la reducción de la pena, siempre que la condena inicial sea proporcional a la gravedad del crimen. Sin embargo, la suspensión total de la pena podría llevar a la concesión de perdón, que está prohibida para crímenes que han adquirido el estatus de derecho imperativo (*ius cogens*) en derecho internacional.

Espero y creo que esta información contribuirá a los esfuerzos que el Gobierno colombiano realiza para llegar a un acuerdo que finalice el conflicto armado en armonía con las obligaciones internacionales que ha adquirido Colombia. Como Fiscal de la Corte Penal Internacional, celebraría una solución del conflicto armado, ya que esta pondría fin a una situación que ha llevado a la comisión continua de crímenes que serían de la competencia de esta Corte. Al respecto, los principios del Estatuto de Roma reflejan el consenso de la comunidad internacional sobre el rol integral que cumple la justicia en la garantía de la paz, la estabilidad y la seguridad. Confío que esta información sea de interés para usted y sus compañeros en la Corte Constitucional dentro del proceso de deliberación sobre la constitucionalidad del "Marco Jurídico para la Paz".

Mi despacho y yo estamos dispuestos a discutir cualquiera de estos con más detalle, así como otros temas según le convenga.

Con sentimientos de consideración,

Atentamente,

Fatou Bensouda

Fiscal

**REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS CONCERNIENTES AL DERECHO A LA VERDAD,  
A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN. OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO  
DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**

Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos durante el Seminario Internacional: La Corte Penal Internacional: instrumento de paz para Colombia Bogotá, D.C., 16 de septiembre de 2003.

Agradezco a los organizadores de este Seminario Internacional la invitación a participar en el día de hoy en sus deliberaciones. La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera muy importante y útil que en el país se reflexione sobre cuanto significa la Corte Penal Internacional para la construcción de la justicia y la paz en el mundo. Como lo ha dicho el Secretario General de la ONU, señor Kofi Annan, “el establecimiento de la Corte es un don a la esperanza de las nuevas generaciones, y un paso gigante en la senda de la vigencia universal de los derechos humanos y del imperio de la ley”.

Hoy quiero compartir con ustedes algunas reflexiones sobre los principios adoptados por la comunidad internacional para mantener el respeto por los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación que se reconocen a las víctimas de los delitos graves conforme al derecho internacional. Como es sabido el artículo 5º del Estatuto de Roma atribuye a la Corte Penal Internacional competencia para conocer del crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, delitos que desde hace años la jurisprudencia y la doctrina consideraban entre los de mayor gravedad y trascendencia para la comunidad internacional.

Es innegable la influencia que esos principios tuvieron en el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Varias de las cláusulas del Estatuto de Roma se inspiran en el propósito de amparar, garantizar y hacer efectivos los derechos de aquellas personas victimizadas por los genocidas, los criminales de lesa humanidad y los criminales de guerra. En el Estatuto hallamos significativas prescripciones sobre la protección de las víctimas y sobre la reparación adecuada que a ellas ha de otorgarse.

La gran tarea pendiente en Colombia es lograr superar el conflicto armado interno, cuya degradación cobra a diario muchas vidas humanas e implica, de hecho, el mayor obstáculo para el logro de un necesario y equitativo desarrollo económico y social de la nación. La falta de tal desarrollo produce brechas contrarias a las aspiraciones propias de un Estado social de derecho. Para poder superar el conflicto armado se necesita una estrategia multidimensional por parte del Estado. Elemento clave de esa estrategia es la búsqueda de diálogos y negociaciones con los grupos armados ilegales. Pero no cualquier diálogo o

negociación. Para que el diálogo y la negociación sean eficaces se necesitan criterios y parámetros.

Por ende, en el último informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, correspondiente al año 2002 y presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en abril del año en curso, se lee: “El Alto Comisionado de las Naciones Unidas recomienda al Gobierno, a los grupos armados ilegales y a los sectores representativos de la sociedad civil no escatimar esfuerzos para establecer, cuanto antes, acercamientos dirigidos al diálogo y a la negociación que permitan la superación del conflicto armado interno y el logro de una paz duradera. Los diálogos y la negociación deberán tomar en cuenta, desde un principio, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como incorporar en su agenda el tema de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”.

La recomendación que acabo de citar hace referencia a tres bienes eminentes de toda sociedad fundamentada sobre las bases del orden justo y la pacífica convivencia: la verdad, la justicia y la reparación. Entre estos bienes hay profundas relaciones de conexidad e interdependencia. No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia.

En estos tiempos Colombia y sus fuerzas democráticas tienen el gran reto de promover e impulsar negociaciones donde se logre conjugar la búsqueda de la reconciliación nacional con el respeto por los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario. La Oficina que dirijo tiene la esperanza de que, conforme a las recomendaciones del Alto Comisionado los colombianos lograrán superar ese reto. En tal esfuerzo contarán con el acompañamiento y el fuerte apoyo de la comunidad internacional y, en particular, con el respaldo de las Naciones Unidas, a través de sus diferentes agencias.

#### La impunidad

En el tramo final del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI la comunidad internacional ha asistido a un amplio debate sobre la impunidad que en muchos lugares del mundo cubre a los responsables de aquellos hechos atroces cuya comisión constituye, al tenor del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, “una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

De esos hechos atroces hacen parte las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario, estas últimas también conocidas como crímenes de guerra. Entre las primeras figuran la ejecución extrajudicial,

la desaparición forzada y la tortura. Entre las segundas podemos mencionar el homicidio, la tortura y los tratos crueles en personas protegidas por la normativa humanitaria, la dirección intencional de ataques contra la población civil, el desplazamiento de la misma, el reclutamiento de niños, el saqueo y la toma de rehenes.

Al hablar de impunidad me refiero a la situación que se da cuando los autores materiales, determinadores o cómplices de conductas constitutivas de violaciones de los derechos humanos o de crímenes de guerra se sustraen a las consecuencias jurídicas de su actuación. Hay impunidad normativa cuando un texto legal exime de pena a los criminales. Hay impunidad fáctica cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de sanción adecuada ya por fallas en el funcionamiento del poder judicial, ya gracias a la amenaza o a la comisión de nuevos hechos de violencia.

Para la tradición jurídica colombiana la impunidad ha sido vista como “la falta de sanción penal de alguien que efectivamente delinquiró”. La comunidad internacional, a través de deliberaciones y estudios realizados dentro del marco de las Naciones Unidas, entiende por impunidad “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

Desde hace muchos años el fenómeno de la impunidad ha constituido un tema de preocupada reflexión para las Naciones Unidas. En el seno de la Organización han surgido tres instrumentos sobre el tema. El primero, del año 1985, es conocido como Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. El segundo, del año 1998, se denomina Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. El tercero, del año 2000, lleva por título el de Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

La impunidad es hoy considerada:

1º Como situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.

2º Como violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.

3º Como factor que contribuye a la comisión de nuevos crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya perpetración lesiona derechos básicos (vgr. la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad) debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conductas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y aun refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.

4º Como factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.

5º Como un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla.

#### Los derechos de las víctimas

En el ordenamiento internacional son víctimas “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

El derecho internacional reconoce a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra tres derechos fundamentales: 1º El derecho a saber o derecho a la verdad. 2º El derecho a la justicia. 3º El derecho a obtener reparación.

El derecho a saber es el que toda persona tiene, individual o colectivamente, a la búsqueda y el hallazgo de un conocimiento seguro y cierto sobre lo acontecido.

El derecho a la justicia es el que toda persona tiene a que en el plano de sus relaciones con el Estado y con los demás seres humanos le sea dado siempre cuanto le pertenece y corresponde.

El derecho a obtener reparación es el que toda persona tiene a recibir, en el caso de haber sufrido un daño injusto, desagravio, resarcimiento y satisfacción.

A continuación expondré brevemente los contenidos de cada uno de esos derechos. Lo haré siguiendo muy de cerca el texto del Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

El derecho a saber

Según el Conjunto de Principios ya mencionado, cada uno de los pueblos del mundo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad. Este derecho se realiza cuando los miembros de una sociedad llegan a tener noticia clara y segura de los acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales ellos ocurrieron, y de los motivos que impulsaron a sus autores.

El derecho a la verdad es un bien jurídico inalienable: un derecho cuyo ejercicio nadie, ni siquiera su propio titular, está facultado para hacer imposible. Es un derecho al cual ninguna persona puede renunciar.

Las atrocidades cometidas dentro de un ataque generalizado contra la población civil, o como efecto de la falta de observancia de las leyes y costumbres de guerra, no pueden ser objeto de supresiones o deformaciones por quienes se ocupan de la comunicación persuasoria. Sin embargo, como la reciente historia lo demuestra, en países donde tales atrocidades se han producido las autoridades pretenden, muchas veces, negar su existencia, destruir las pruebas de su comisión o tildar de mentirosos a los testigos de los hechos y a las víctimas sobrevivientes. Con tales actitudes se vulnera el derecho del pueblo a crecer y desarrollarse bajo la luz de la verdad.

Ahora bien, según los Principios a los cuales estoy haciendo referencia, junto al derecho colectivo a la verdad existe otro derecho, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados: el derecho a saber. Éste es “el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”. Las personas directa o indirectamente afectadas por un crimen internacional tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo y por qué llegó a ejecutarse.

De otra parte, los Principios agregan dos elementos para garantizar el reconocimiento del derecho a la verdad en su doble dimensión. Señalan los deberes ineludibles que frente a ese derecho ha de cumplir el Estado. Esos deberes son dos: 1º El deber de recordar. 2º El deber de otorgar las garantías para que se haga efectivo el derecho a saber.

En cumplimiento de esos dos deberes corresponde al Estado adoptar todas las medidas adecuadas para que se preserve la memoria colectiva de los crímenes y para que se haga efectivo el derecho de las víctimas a no quedar en la ignorancia y el olvido.

Según los Principios, cuando el funcionamiento de las instituciones judiciales no sea correcto —esto es, cuando la potestad jurisdiccional no se ejerza en condiciones de

independencia e imparcialidad— las autoridades deben dar prioridad a medidas que se encaminen tanto a la creación de comisiones extrajudiciales de investigación como a la conservación y consulta de los archivos correspondientes.

Con el establecimiento y con la actividad de las comisiones extrajudiciales de investigación no se busca reemplazar los órganos que en el Estado tienen a su cargo la administración de justicia, ni entregar a personas particulares las competencias privativas de la fiscalía y de la judicatura. Esas comisiones, por lo tanto, no asumen el deber estatal de penalizar las atrocidades. Su misión es “determinar los hechos, con el objeto de descubrir la verdad, en particular para evitar la desaparición de pruebas”, y sus investigaciones “deberán guiarse por el afán de hacer reconocer la parte de verdad que hasta entonces se negó constantemente”.

De acuerdo con los Principios, el ejercicio cabal del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan las atrocidades. Hoy la humanidad sabe muy bien que el ocultamiento de un crimen puede conducir a la comisión de otros, de igual o peor gravedad.

#### El derecho a la justicia

Lo injusto es aquello en que se desprecia o se ignora la justicia por negarle a una persona su derecho. Es injusto condenar al inocente. También lo es absolver al culpable, o tolerar que sus delitos queden impunes. Por eso la impunidad debe ser vista, al mismo tiempo, como fuente y como resultado de la injusticia. No hay justicia allí donde aquellos que han ultrajado la dignidad humana con actos violentos y reprochables pueden jactarse de haber eludido la potestad estatal de imponer sanciones adecuadas.

A la luz de los importantes Principios que estoy comentando, la impunidad “constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.

Corresponde en primer lugar al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes internacionales, pero los Principios señalan la necesidad de adoptar normas complementarias cuya aplicación permita, tanto a las propias víctimas como a organizaciones no gubernamentales con acción reconocida en defensa de aquellas, tomar esa iniciativa si las autoridades han incumplido el deber que en tal ámbito les atañe.

En su regulación del derecho a la justicia los Principios establecen reglas para delimitar la competencia entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras e internacionales. También señalan medidas para reforzar la eficacia de las cláusulas convencionales de competencia universal y para establecer la competencia extraterritorial en el derecho interno.

Asimismo, los Principios enuncian ciertas medidas restrictivas cuya aplicación se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. En este campo señalan restricciones sobre la prescripción, las causas de extinción en concreto de la punibilidad, el ejercicio del derecho de asilo, la negativa de extradición, la exclusión de procesos en rebeldía, la invocación de la obediencia debida como causal justificatoria, la responsabilidad de los superiores, las leyes sobre arrepentidos, los tribunales militares y la inamovilidad de los funcionarios judiciales. Las restricciones pueden resumirse así:

1ª La prescripción de una infracción penal (tanto en lo referente a la acción como en lo referente a la pena) debe sujetarse a tres reglas: a. No podrá operar si faltan recursos eficaces contra esa infracción. b. No se aplicará a los delitos graves conforme al derecho internacional que sean por su naturaleza, imprescriptibles. c. No podrá impedir a las víctimas ejercer acciones civiles o administrativas para obtener reparación.

2ª La amnistía y otras medidas de clemencia, incluso cuando tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, no podrán ser ilimitadas. De esas medidas de extinción de la punibilidad no podrán beneficiarse los autores de delitos graves conforme al derecho internacional antes de que el Estado haya cumplido sus deberes en materia de administración de justicia. De otra parte, su concesión no podrá afectar el derecho de las víctimas a la reparación.

3ª En aplicación de las normas internacionales sobre asilo territorial los Estados no podrán permitir que se beneficien de esos estatutos protectores las personas con respecto a las cuales hay fundados motivos para creer que son autoras de delitos graves conforme al derecho internacional.

4ª Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán evitar su extradición acogiéndose a normas que prohíben extraditar a los delincuentes políticos o extraditar a los nacionales.

5ª Por regla general, el no reconocimiento de los procesos en rebeldía deberá ser limitado.

6ª El autor de crímenes internacionales que haya actuado obedeciendo órdenes gubernamentales o jerárquicas no será eximido de responsabilidad penal. Sin embargo, la

obediencia debida podrá considerarse causal de reducción de la pena si ello se ajusta al derecho.

7ª Los superiores del subordinado que haya cometido un crimen internacional no podrán ser eximidos de responsabilidad penal si tales superiores sabían o tenían motivos para saber que el subalterno estaba cometiendo o iba a cometer dicho delito y no tomaron las medidas necesarias para impedirlo o reprimirlo.

8ª No podrá ser eximido de responsabilidad el autor de crímenes internacionales que, después del período de investigación, búsqueda y captura, revele los cometidos por él mismo o por otros para beneficiarse de leyes de arrepentimiento. Sin embargo, sus revelaciones podrán ser causa de reducción de pena, para contribuir a la manifestación de la verdad.

9ª La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones penales de carácter específicamente militar, con exclusión de las constitutivas de crímenes internacionales. Éstas serán siempre de competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, si es del caso, de un tribunal penal internacional.

10ª Todos los magistrados cuyo nombramiento se ciña a un procedimiento normal en el Estado de Derecho deben estar cobijados por el principio de inamovilidad, que es garantía fundamental de su independencia.

Como es fácil observar, con los anteriores Principios se quiere impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen de tal forma que su resultado sea la impunidad. Esta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo de la venganza y empaña dos valores de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.

#### Derecho a obtener reparación

En ejercicio del derecho a obtener reparación toda persona que ha sufrido un daño podrá lograr, según el caso: - La restitutio in integrum, o reposición de la situación a su estado original. - La indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y - La satisfacción o reparación moral.

Para regular el derecho a obtener reparación los Principios se apoyan en la regla consuetudinaria según la cual “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”. En desarrollo de esta regla los Principios señalan que:

1º El derecho a obtener reparación es de carácter integral, pues deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Por ello comprenderá: a. Medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación. b. Medidas de satisfacción de alcance general.

2º En los casos de desaparición forzada la familia del desaparecido tiene derecho imprescriptible: a. A ser informada de la suerte de la persona desaparecida, una vez ésta se haya aclarado. b. A que, en caso de fallecimiento, le sea restituido el cuerpo de la víctima en cuanto se identifique, aunque no se haya establecido todavía la identidad de los autores del delito o aunque aún no se haya logrado su enjuiciamiento.

3º Toda víctima debe tener posibilidad de ejercer, en la vía penal, civil, administrativa o disciplinaria, “un recurso accesible, rápido y eficaz” en solicitud de reparación. Al ejercer dicho recurso deberá beneficiarse de una protección del Estado contra actos de intimidación o de represalia.

4º Los procedimientos especiales de reparación deben ser objeto de la más amplia publicidad posible, incluso en los medios privados de comunicación social.

5º Deberán adoptarse por el Estado medidas adecuadas para impedir la repetición de los crímenes. Entre ellas se indican: a. Medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales. b. Medidas encaminadas a derogar las disposiciones de cualquier índole que favorezcan la perpetración de crímenes. c. Medidas administrativas o de otra índole encaminadas a definir preventivamente la situación de los agentes del Estado implicados en violaciones graves de los derechos humanos.

#### Consideraciones finales

En los procesos de paz o de transición a la democracia es necesario que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación sean efectivamente reconocidos, protegidos y garantizados por las autoridades nacionales. Si en tales procesos salen maltrechos esos tres bienes jurídicos primarios, con dificultad podrá afirmarse que la paz se ha logrado, que la reconciliación se ha construido o que la democracia ha llegado. Ni en nombre de la paz ni en nombre de la democracia es legítimo despreciar los derechos de las víctimas. Nadie está autorizado a creer que la verdad, la justicia y la reparación son cosas que el Estado puede, discrecionalmente, otorgar o negar.

En 1997, al presentar su informe final ante las Naciones Unidas, advirtió el señor Louis Joinet, Relator Especial sobre la impunidad: “A quienes pudieran caer en la tentación de considerar que el Conjunto de principios aquí propuestos podría constituir un obstáculo a la reconciliación nacional, les respondería que estos principios no constituyen normas

jurídicas en sentido estricto, sino principios rectores cuyo objetivo no estriba en dificultar la reconciliación, sino en encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de ‘conciliaciones’ que de ‘reconciliación’, se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’”.

La verdad, la justicia y la reparación constituyen exigencias derivadas de los postulados éticos y jurídicos en los cuales se fundamenta el reconocimiento efectivo y universal de los derechos humanos. Los Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad deben ser vistos, en consecuencia, como el esfuerzo internacional más reciente por desarrollar una acción encaminada a lograr dos finalidades. La primera, afrontar con eficacia el reto de la impunidad. La segunda, ofrecer a los países afectados por un conflicto armado interno un instrumento técnico que les permita negociar la solución política de la contienda y alcanzar la reconciliación sin sacrificio de los derechos de las víctimas.

En defensa de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación la Oficina que tengo el honor de dirigir ha puesto de presente, en forma reiterada y a lo largo de varios años:

1º Que el deber internacional de respetar y hacer respetar los derechos humanos impone a todo Estado la obligación de adoptar medidas eficaces para impedir que la impunidad favorezca a los responsables de la comisión de delitos graves conforme al derecho internacional.

2º Que ese mismo deber exige al Estado abstenerse de introducir en su normativa penal disposiciones cuya aplicación traiga como resultado la sustracción de los responsables de tales delitos a las consecuencias jurídicas de sus actos.

3º Que la impunidad no sólo se da cuando el autor de un delito escapa a su procesamiento penal, sino también cuando al ser declarado culpable es sancionado con penas no proporcionales a la naturaleza y a la gravedad de la conducta punible perpetrada.

4º Que toda disposición legislativa adoptada por el Estado para disminuir o extinguir la punibilidad con respecto a conductas constitutivas de los ya mencionados crímenes debe respetar, necesariamente, los derechos de las víctimas de los mismos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

5º Que conforme a los principios internacionales para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y con arreglo a las directrices básicas sobre los derechos de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario, el Estado tiene obligaciones de

resarcimiento con las personas que, a consecuencia de tales violaciones, hayan padecido daños, sufrimientos, pérdidas o menoscabos de sus derechos fundamentales.

## CASOS REPRESENTATIVOS DE SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

### Tribunal Penal Internacional para la Antigua Ex Yugoslavia<sup>62</sup>

- Vlastimir Dordevic: 27 años de prisión, general del ejército serbio, condenado por deportación, persecución y asesinato de albanokosovares.
- Milan Martić: 35 años de prisión, primer ministro de la República Serbia de Krajina, ataques en Zagreb.
- Lahi Brahimaj: 6 años de prisión, miembro del UCK, participación en el acoso, abuso, expulsión, captura, encarcelamiento, asesinato y tortura de civiles serbios y gitanos de los pueblos circundantes a la región de Glodjane.
- Ljubisa Beara: cadena perpetua, coronel de la Policía Militar, genocidio, asesinato, persecución y deportación forzosa durante la masacre de Srebrenica y la toma de Zepa.
- Stanislav Galic: cadena perpetua, comandante del Cuerpo Romanija de Sarajevo, bombardeos y francotiradores de Sarajevo.
- Vujadin Popovic: cadena perpetua, teniente coronel del VRS, acusado en el caso Srebrenica.
- Dragan Jokic: 9 años de prisión, participación en la masacre de Srebrenica.
- Zdravko Mucic: 9 años de prisión, comandante del campo de detención de Celebici.
- Tihomir Blaskic: 8 años de prisión, General del ejército croata, persecución contra la población civil musulmana en Bosnia.
- Predrag Banovic: 8 años de prisión, guardia de prisión, asesinato, tortura y persecución en el campo de Keraterm.
- Miroslav Tadic: 8 años de prisión, presidente de la "comisión de intercambio" (Bosanki Šamac), persecución y deportación.
- Payle Strugar: 7,5 años de prisión, general del ejército yugoslavo, responsabilidad de mando en el bombardeo de Dubrovnik.
- Zlatko Aleksovski: 7 años de prisión, comandante de prisión, tratamiento ilegal de los detenidos en la zona del valle del Lasva, en Bosnia y Herzegovina.
- Miodrag Jokic: 7 años de prisión, almirante de la armada yugoslava, bombardeo de Dubrovnik.
- Miroslav Kvočka: 7 años de prisión, oficial de policía, acciones en los campos de Omarska y Keraterm.
- Simo Zaric: 6 años de prisión, alcalde de Samac, crímenes contra la humanidad.

---

<sup>62</sup> Información disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/tribunales/tribunales-penales-internacionales/tribunal-penal-internacional-para-la-ex-yugoslavia.html>.

- Mario Cerkez: 6 años de prisión, comandante de brigada HVO, por las ofensivas en el valle de Lašva, Bosnia.
- Drazen Erdemovic: 5 años de prisión, acusación en los casos Keraterm y Omarska.
- Damir Dosen: 5 años de prisión, comandante de turno en el campo de prisioneros de Keraterm, por su papel en el tratamiento inhumano de los reclusos en la prisión de Keraterm.
- Milan Gvero: 5 años de prisión, asistente militar para Asuntos Religiosos, Legales y Morales, acusado por la masacre de Srebrenica.
- Goran Jelusic: 40 años de prisión, trabajó en el campo de Luka, genocidio, asesinato, saqueo y actos inhumanos en el campo de Luka y Brcko.
- Milomir Stakic: 40 años de prisión, alcalde de Prijedor en el norte de Bosnia, responsabilidad por los campos de detención alrededor de Prijedor.
- Radislav Krstic: 35 años de prisión, general del ejército serbobosnio, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra.
- Drago Nikolic: 35 años de prisión, oficial del ejército serbobosnio, acusado por la masacre de Srebrenica.
- Radoslav Brdanin: 30 de prisión, presidente del comité de crisis de la Región Autónoma de Krajina, procesado en relación con persecuciones, deportaciones, asesinatos, tortura y destrucción arbitraria en la Región Autónoma de Krajina.
- Sredoje Lukic: 30 años de prisión, miembro del grupo paramilitar "Vengadores", asesinato de al menos 100 musulmanes en los alrededores de Visegrad.
- Enver Hadzihanovic: 3 años y medio de prisión, general de brigada del ARBiH, autoridad de mando en actos de asesinato y destrucción arbitraria en Bosnia central.
- Rasim Delic: 3 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército de Bosnia y Herzegovina, por no impedir que los miembros muyahidín del ejército bosnio cometieran crímenes contra civiles y combatientes enemigos capturados (asesinato, violación, tortura).
- Dragan Kolundzija: 3 años de prisión, crímenes contra la población no serbia de la municipalidad de Prijedor en el campo de Keraterm que fueron cometidos entre el 24 de mayo y el 5 de agosto de 1992.
- Dragomir Milosevic: 29 años de prisión, responsabilidad de mando en el sitio de Sarajevo.
- Dragoljub Kunarac: 28 años de prisión, violación en grupo, tortura y tratos inhumanos en Foča.
- Momcilo Perisic: 27 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército Popular Yugoslavo, responsabilidad de mando.
- Zoran Zigic: 25 años de prisión, crímenes en la región de Prijedor.
- Dario Kordic: 25 años de prisión, por las ofensivas en el valle del Lasva, Bosnia. Masacre de Ahmici.

- Nebojsa Pavkovic: 22 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército yugoslavo, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución.
- Nikola Sainovic: 22 años de prisión, Primer Ministro de Serbia, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución.
- Sreten Lukic: 22 años de prisión, oficial de la policía federal, responsabilidad de mando en crímenes contra la humanidad en Kosovo.
- Momir Nikolic: 20 años de prisión, comandante adjunto de la brigada Bratunac del VRS, caso Srebrenica.
- Mile Mrksic: 20 años de prisión, Serbocroata, coronel del ejército yugoslavo y comandante del ejército de la República Serbia de Krajina, participación en la masacre de Vukovar.
- Dragan Nikolic: 20 años de prisión, comandante de una prisión serbobosnia, acusado por el caso del campo de Susica.
- Mladen Naletilic: 20 años de prisión, Bosniocroata paramilitar, crímenes de guerra contra civiles bosniacos en la zona de Mostar.
- Mlado Radic: 20 años de prisión, actividades en los campos de Omarska y Keraterm.
- Dusko Tadic: 20 años de prisión, líder del Partido Democrático Serbio en Kozarac y miembro de una fuerza paramilitar, persecución, asesinato, violación y tortura en el campo de Omarska y en otros lugares.
- Miroslav Bralo: 20 años de prisión, policía militar del HVO, por su papel en el asesinato múltiple, violación, tortura, detención ilegal y trato inhumano de civiles musulmanes bosnios, entre ellos, varios niños, en el centro de Bosnia y Herzegovina (BiH), entre enero y mediados de julio de 1993.
- Momcilo Krajisnik: 20 años de prisión, primer ministro de la República Srpska, genocidio, asesinato, exterminio, deportación y persecución.
- Radomir Kovac: 20 años de prisión, violación en grupo, tortura y trato inhumano en Foca.
- Amir Kubura: 2 años de prisión, comandante en jefe de la 7ª Brigada de Montaña del ARBiH, responsabilidad de mando en asesinato y destrucción arbitraria en Bosnia Central.
- Radivoje Miletic: 19 años de prisión, acusado por la masacre de Srebrenica.
- Hazim Delic: 18 años de prisión, comandante adjunto del campo prisión bosnio, asesinato y violación en el campo de Celebici.
- Vinko Martinovic: 18 años de prisión, crímenes de guerra contra civiles bosniacos en el área de Mostar.
- Vladimir Santic: 18 años de prisión, miembro del HVO, masacres contra civiles bosniacos en el valle del Lašva.

- Ranko Cesic: 18 años de prisión, miembro de la Brigada de Intervención en el Cuerpo de Reservistas de la fuerza policial serbobosnia, asesinato y abuso sexual en el campamento de Luka.
- Darko Mrda: 17 años de prisión, comandante de una unidad de la policía serbobosnia, asesinato de 200 civiles en la zona de Prijedor.
- Ljubomir Borovcanin: 17 años de prisión, comandante de la policía especial del Ministerio del Interior de la República Srpska, procesado en el caso Srebrenica.
- Dragan Obrenovic: 17 años de prisión, coronel del VRS, caso Srebrenica.
- Vidoje Blagojevic: 15 años de prisión, oficial del Ejército de la República Srpska (VRS), participación en la masacre de Srebrenica.
- Esad Landzo: 15 años de prisión, tortura, abuso y asesinato de civiles serbios en el campo de prisioneros de Celebici.
- Dragan Zelenovic: 15 años de prisión, oficial de la policía, violación y tortura en el campo de prisioneros de Foča.
- Blagoje Simic: 15 años de prisión, por su participación en Bosanski Samac.
- Vladimir Lazarevic: 15 años de prisión, general del ejército, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución contra albanokosovares.
- Dragoljub Ojdanic: 15 años de prisión, jefe del Estado Mayor del Ejército Popular Yugoslavo, Serbio, ministro de Defensa Federal de Yugoslavia, crímenes de guerra, deportación y traslado forzoso, asesinato y persecución.
- Mitar Vasiljevic: 15 años de prisión, paramilitar serbobosnio, asesinato y crímenes contra la humanidad en el incidente en Višegrad, en el río Drina.
- Milorad Krnojelac: 15 años de prisión, comandante de una prisión serbobosnia, acciones en el campo de detención de Foča.
- Haradin Bala: 13 años de prisión, guardia del campo de prisioneros de Lapusnik del Ejército de Liberación de Kosovo, participación directa en los asesinatos de serbios en las montañas Bersisha.
- Milan Babic: 13 años de prisión, primer ministro de la República Serbia de Krajina, participación en la limpieza étnica en Croacia.
- Vinko Pandurevic: 13 años de prisión, general del ejército serbobosnio, caso Srebrenica.
- Ivica Rajic: 12 años de prisión, participación en la masacre en Stupni Do.
- Drago Josipovic: 12 años de prisión, miembro del HVO, masacres contra civiles bosniacos en el valle del Lašva.
- Johan Tarculovski: 12 años de prisión, oficial de policía de Macedonia, ataque en Ljuboten.
- Zoran Vukovic: 12 años de prisión, soldado del ejército serbobosnio, violación y tortura en Foča.
- Biljana Plavsic: 11 años de prisión, ex presidente de la República Srpska, crímenes contra la humanidad.

- Veselin Slijivancanin: 10 años de prisión, comandante de un batallón del ejército yugoslavo, masacre de Vukovar después de la batalla de Vukovar.
- Stevan Todorovic: 10 años de prisión, jefe de la policía serbobosnio para la municipalidad de Bosanski Šamac, persecución, deportación, asesinato y actos inhumanos.
- Miroslav Deronjic: 10 años de prisión, presidente del comité de crisis en Bratunac, ataque contra la aldea de Glogova.
- Anto Furundzija: 10 años de prisión, comandante local de la unidad del HVO *Jokers*, tortura de civiles musulmanes bosnios en Nadioci.
- Milan Lukic: cadena perpetua, comandante del grupo paramilitar denominado "Águilas Blancas" o *Vengadores*", asesinato de al menos 100 musulmanes en los alrededores de Visegrad.

### Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>63</sup>

- AKAYESU, Jean Paul: cadena perpetua, condenado por Genocidio, complicidad en genocidio, exterminio, homicidio, instigación directa y pública a cometer genocidio, tortura, violación, otros actos inhumanos.
- BAGARAGAZA, Michel: 8 años de prisión, condenado por ayudar y promover el genocidio
- BAGOSORA, Théoneste: 35 años de prisión, condenado por genocidio, exterminio, persecución, violencia a la vida, homicidio, violación, otros actos inhumanos, atentados contra la dignidad personal
- NSENGIYUMVA, Anatole: 15 años de prisión, condenado por genocidio, exterminio, persecución, violencia a la vida.
- NTABAKUZE, ALOYS: 35 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio, persecución, otros actos inhumanos, violencia a la vida.
- BIKINDI, Simon: 15 años de prisión, condenado por instigación directa y pública a cometer genocidio.
- GACUMBITSI, Sylvestre: Cadena perpetua, condenado por genocidio, exterminio, violación, instigación a la violación.
- GATETE, Jean Baptiste: 40 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio
- HATEGEKIMANA, Idelphonse: cadena perpetua, condenado por cometer genocidio, homicidio, violación
- KAJELIJELI, Juvénal: 45 años de prisión, condenado por ordenar, instigar y ser cómplice en crímenes, así como por no haber evitado crímenes en distintas comunidades, tales como genocidio y exterminio.
- KALIMANZIRA, Callixte: 25 años de prisión, condenado por complicidad en genocidio.

<sup>63</sup> Información disponible en <http://www.unict.org/en/cases/ictr-05-86>.

- KAMBANDA, Jean: Cadena perpetua, condenado por genocidio, ayudar y promover el genocidio, instigación pública y directa para cometer genocidio, complicidad en genocidio, homicidio y exterminio.
- KAMUHANDA, Jean de Dieu: Cadena perpetua, condenado por genocidio y exterminio.
- KANYARUKIGA, Gaspard: 30 años de prisión, condenado por planear genocidio y exterminio.
- KAREMERA, Édouard: cadena perpetua, condenado por genocidio, exterminio y homicidio.
- NGIRUMPATSE, Matthieu: cadena perpetua, condenado por genocidio, exterminio y homicidio.
- KARERA, François: cadena perpetua, condenado por instigar y cometer genocidio, instigar y cometer exterminio y homicidio, ordenar homicidio, ayudar y promover el homicidio.
- KAYISHEMA, Clément: cadena perpetua, condenado por genocidio y delitos relacionados con las masacres.
- RUZINDANA, Obed: 25 años de prisión, condenado por genocidio.
- MUHIMANA, Mikaeli: cadena perpetua, condenado por genocidio, violación, homicidio.
- MUNYAKAZI, Yussuf: 25 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio.
- MUSEMA, Alfred: cadena perpetua, condenado por genocidio y exterminio.
- MUVUNYI, Tharcisse: 15 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio.
- BARAYAGWIZA, Jean-Bosco: 32 años de prisión, condenado por instigar la comisión de genocidio, haber ordenado o instigado la comisión de exterminio, haber instigado la comisión de persecución.
- NAHIMANA, Ferdinand: 30 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio y persecución.
- NGEZE, Hassan: 35 años de prisión, condenado por haber ayudado y promovido la comisión de genocidio, haber incitado pública y directamente la comisión de genocidio, haber ayudado y promovido el exterminio.
- NCHAMIHIGO, Siméon: 40 años de prisión, condenado por genocidio, exterminio, otros actos inhumanos, homicidio.
- NDAHIMANA, Grégoire: 25 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio.
- NDINDABAHIZI, Emmanuel: cadena perpetua, condenado por genocidio y exterminio.
- SAGAHUTU, Innocent: 15 años de prisión, condenado por homicidio.
- BIZIMUNGU, Augustin: 30 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, violación, exterminio.

- NGIRABATWARE, Augustin: 30 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio, instigar y ayudar y promover el genocidio.
- NIYITEGEKA, Eliézer: cadena perpetua, condenado por genocidio, conspiración para cometer genocidio, instigar pública y directamente a cometer genocidio y homicidio, exterminio, otros actos inhumanos.
- NIZEYIMANA, Ildéphonse: 35 años de prisión, condenado por genocidio y homicidio.
- NSHOGOZA, Léonidas: 10 meses de prisión, condenado por desacato al tribunal.
- IMANISHIMWE, Samuel: 12 años de prisión, condenado por homicidio, encarcelamiento, tortura, tratos crueles.
- NTAKIRUTIMANA, Elizaphan: 10 años de prisión, condenado por ayudar y promover el genocidio, ayudar y promover el exterminio.
- NTAKIRUTIMANA, Gérard: 25 años de prisión, condenado por cometer genocidio, ayudar y promover el genocidio, genocidio, homicidio, ayudar y promover el exterminio.
- NTAWUKULILYAYO, Dominique: 20 años de prisión, condenado por ayudar y promover el genocidio.
- NZABIRINDA, Joseph: 7 años de prisión, condenado por homicidio.
- NZABONIMANA, Callixte: cadena perpetua, condenado por instigar el genocidio y el exterminio, instigar pública y directamente a cometer genocidio, conspiración para cometer genocidio.
- RENZAHU, Tharcisse: cadena perpetua, condenado por genocidio y homicidio.
- RUGAMBARARA, Juvénal: 11 años de prisión, condenado por exterminio.
- RUGGIU, Georges: 12 años de prisión, condenado por incitar pública y directamente a cometer genocidio y persecución.
- RUKUNDO, Emmanuel: 23 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio.
- RUTAGANDA, George: cadena perpetua, condenado por genocidio, homicidio, exterminio.
- RUTAGANIRA, Vincent: 6 años de prisión, condenado por exterminio.
- SEMANZA, Laurent: 35 años de prisión, condenado por genocidio, complicidad en genocidio, ayudar y promover el exterminio, ordenar exterminio, ordenar homicidios, instigar violaciones y torturas, cometer tortura y homicidio intencional.
- SEROMBA, Athanase: cadena perpetua, condenado por ayudar y promover el genocidio, cometer genocidio y exterminio.
- SERUGENDO, Joseph: 6 años de prisión, condenado por instigar pública y directamente a cometer genocidio y persecución.
- SERUSHAGO, Omar: 15 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio y tortura.

- SETAKO, Ephrem: 25 años de prisión, condenado por genocidio, homicidio, exterminio.
- SIMBA, Aloys: 25 años de prisión, condenado por genocidio y exterminio.
- “GAA”: 9 meses de prisión, condenado por dar falso testimonio bajo juramento y desacato al tribunal.

#### **Tribunal Especial Mixto de Sierra Leona<sup>64</sup>**

- Charles Taylor: 50 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, asesinatos extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, conscripción y uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos.
- Issa Hassan Sesay: 52 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestro y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL (misión de las naciones unidas en Sierra Leona).
- Alex Tamba Brima: 50 años de prisión, El Tribunal Especial para Sierra Leona lo acusó junto con otros dos individuos de formar parte de una empresa criminal en el caso de La Fiscalía vs Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu por los siguientes cargos: aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Morris Kallon: 40 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Augustin Gbao: 25 años de prisión, condenado por aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, violencia sexual, violencia física, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Ibrahim Bazy Kamara: 45 años de prisión, El Tribunal Especial para Sierra Leona lo acusó junto con otros dos individuos de formar parte de una empresa criminal en el caso de La Fiscalía vs Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu por los siguientes cargos: aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.
- Moinina Fofana: 25 años de prisión, condenado por violencia a la vida, salud, y bienestar físico o mental de las personas, en particular homicidio y tratos crueles respectivamente, saqueo y castigos colectivos

---

<sup>64</sup> Información disponible en <http://www.scsldocs.org>.

- Allieu Kondewa: 50 años de prisión, condenado por violencia a la vida, salud, y bienestar físico o mental de las personas, en particular homicidio y tratos crueles respectivamente, saqueo y castigos colectivos, alistamiento de niños menores de 15 años en grupos armados y/o usarlos para participar activamente en hostilidades
- Kanu: 50 años de prisión, El Tribunal Especial para Sierra Leona lo acusó junto con otros dos individuos de formar parte de una empresa criminal en el caso de La Fiscalía vs Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu por los siguientes cargos: aterrorizar a la población civil y castigos colectivos, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, violencia física, uso de niños soldados, secuestros y trabajos forzados, saqueos e incendios, ataques al personal de la UNAMSIL.

### **Tribunal Internacionalizado de Camboya<sup>65</sup>**

- Kaing Guek Eav alias Duch: cadena perpetua, condenado por crímenes contra la humanidad (persecución por motivos políticos, exterminio abarcando homicidio, esclavitud, encarcelamiento, tortura y otros actos inhumanos) y graves infracciones a las convenciones de Ginebra de 1949 (asesinatos, tortura y tratos inhumanos premeditados, causar gran sufrimiento o serios daños en el cuerpo o en la salud deliberadamente, privar a un prisionero de guerra o civiles de los derechos a un juicio justo e imparcial deliberadamente y detención ilegal a un civil).
- Nuon Chea: Cadena perpetua, condenado por crímenes contra la humanidad (homicidio, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, persecución por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos), genocidio por asesinar miembros de grupos de vietnamitas y Cham, graves infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 (asesinatos, tortura y tratos inhumanos premeditados, causar gran sufrimiento o serios daños en el cuerpo o en la salud deliberadamente, privar a un prisionero de guerra o civiles de los derechos a un juicio justo e imparcial deliberadamente y detención o deportación ilegal a un civil).
- Khieu Samphan: cadena perpetua, condenado por crímenes contra la humanidad (homicidio, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, persecución por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos), genocidio por asesinar miembros de grupos de vietnamitas y Cham, graves infracciones a las Convenciones de Ginebra de 1949 (asesinatos, tortura y tratos inhumanos premeditados, causar gran sufrimiento o serios daños en el cuerpo o en la salud deliberadamente, privar a un prisionero de guerra o civiles de los derechos a un juicio justo e imparcial deliberadamente y detención o deportación ilegal a un civil).

---

<sup>65</sup> Información disponible en <http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1>.

### **III. PROPUESTA**

“La pena que se imponga a los máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra debe ser genuina. Para que sea genuina debe ser proporcional a los hechos perpetrados”.

Los responsables de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio que hayan confesado plenamente, reparado a sus víctimas y manifestado genuino arrepentimiento por las atrocidades cometidas deberán cumplir pena de reclusión por un término de 5 a 8 años, de la misma forma que por crímenes iguales la cumplen los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia. A iguales crímenes, iguales penas.

La pena de reclusión deberá cumplirse en centros regidos por el régimen penitenciario que aplica a personas condenadas por similares delitos de acuerdo a la legislación ordinaria, pero en condiciones que les permitan contribuir a reparar a las víctimas con actividades, trabajos y obras, las cuales, en ningún caso disminuirán el tiempo de reclusión. Tales centros pueden comprender colonias agrícolas u otras modalidades siempre y cuando impliquen medida privativa de la libertad, dependencia o sujeción del interno al Estado y restricción de derechos constitucionales.

La reclusión deberá garantizar la dignidad de los condenados y condiciones de seguridad.

Como se señaló, el ordenamiento jurídico colombiano ofrece flexibilidad para la ejecución de las penas siempre y cuando no se omita el carácter proporcional y adecuado de las mismas, se mantenga la restricción de derechos fundamentales y la relación de sujeción de los condenados respecto del Estado, es decir, que sean las autoridades penitenciarias las que ejerzan el control efectivo del lugar a través de la vigilancia, el orden y la disciplina en condiciones de dignidad y, por consiguiente, que sea el Estado el garante de la vida e integridad de los reclusos.