

# La solución del conflicto armado interno colombiano

## Un desafío para la jurisdicción penal internacional

De Prof. Dr. **Jorge Fernando Perdomo Torres**, LL.M. (Bonn), Bogotá

### I. Introducción

Colombia ha vivido en conflicto armado por más de cinco décadas y esto no solo ha dejado los horrores propios de una guerra (casi 8 millones de víctimas), sino también una vasta experiencia social y jurídica: los colombianos hemos venido incorporando en nuestra conciencia jurídica, entendiendo y aceptando los diferentes mecanismos de justicia transicional, pues el deseo de paz siempre ha sido la constante del pueblo colombiano. Esta evolución jurídica ha tenido en cuenta siempre los desarrollos del derecho internacional y la jurisprudencia de las cortes internacionales, y los procesos de paz vividos en Colombia en las últimas décadas (no ha sido solamente el proceso de negociación exitoso con la guerrilla de las Farc) han intentado respetar en el mayor grado posible los deberes adquiridos por el Estado frente al orden jurídico internacional.

Hace más de 10 años Colombia inició un proceso de sometimiento (no fue una negociación en sentido estricto) con los denominados grupos paramilitares (AUC, Autodefensas Unidas de Colombia), grupos que iniciaron siendo de seguridad privada para proteger a propietarios de tierras del asedio de los grupos guerrilleros, pero que pronto se convirtieron en organizaciones armadas violentas que llegaron a dominar territorial, económica e incluso políticamente vastas regiones del país. Este proceso de pacificación fue el primero intentado por Colombia después de la aprobación del Estatuto de Roma y la ley que lo permitió se conoció como la Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005). En esta norma se diseñó un sistema de judicialización penal de los sometidos, caracterizado por lo que podríamos llamar “maximalismo” penal; es decir, se consagró que todos los miembros de estas organizaciones paramilitares (aproximadamente 5000) debían ser investigados y juzgados penalmente en un proceso especial diseñado sobre la confesión, sistema que tenía como pena la privación de la libertad de hasta 8 años en establecimiento carcelario ordinario. Además todos los hechos delictivos cometidos debían ser conocidos por la jurisdicción especial creada para ello.

No obstante los buenos deseos de cumplir estándares internacionales, este proceso estuvo caracterizado, entre otras cosas, por su lentitud judicial, tanto así que hasta el día de hoy no se han proferido todas las sentencias condenatorias, ni siquiera frente a los máximos responsables, quienes, a pesar entonces de no haber sido sentenciados, ya han empezado a recobrar su libertad en virtud del paso del tiempo máximo imponible como pena. Además, en materia de reparación a las víctimas la sola demora judicial ya demuestra que sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición no han sido garantizados plenamente. Colombia, sin embargo, sigue hasta el día de hoy intentando arduamente sacar adelante este proceso de justicia transicional.

Dentro de las muchas enseñanzas que dejó el proceso con los paramilitares estuvo la necesidad de diseñar modelos de

justicia transicional respetuosos de los deberes internacionales del Estado, pero que al mismo tiempo permitieran realmente terminar el conflicto armado existente con las guerrillas (Farc y Eln) y avanzar así en la pacificación del país. Se tomó la decisión de consagrar en la Constitución Política de Colombia lo que se denominó “marco jurídico para la paz”, un artículo transitorio que esboza de forma general, pero suficiente, las bases fundamentales de una justicia transicional respetuosa de los valores constitucionales y al mismo apta para una salida negociada al conflicto armado, garantizando siempre los derechos de las víctimas.

Lo consagrado en la Constitución sirvió como base para desarrollar las negociaciones de paz en la Habana con la guerrilla de las Farc y el acuerdo final de terminación del conflicto firmado en Cartagena de Indias (acuerdo de Cartagena) y modificado en Bogotá unos meses después desarrolló en todo un acápite el sistema de justicia transicional aplicable a la desmovilización de esta guerrilla, cuyas particularidades están orientadas por lo consagrado en la Constitución en el “marco jurídico para la paz”.

No me voy a detener en la explicación integral del sistema diseñado y acordado. Solo haré un esbozo general y resaltaré dos temas en especial dentro de lo que se conoce como jurisdicción especial para la paz: los conceptos de selección y priorización en el juzgamiento de los participantes en el conflicto armado y el sistema de penas alternativas consagrado; de la mano de ellos me referiré a las obligaciones del Estado y su cumplimiento en tiempos de justicia penal internacional.

### II. Características generales del sistema de justicia transicional diseñado

Como punto número quinto de las negociaciones se llegó a un acuerdo macro sobre las “Víctimas del Conflicto” y allí se consagró todo un sistema integral de protección de las casi 8 millones de víctimas, de desplazamiento y desapariciones forzadas, homicidios, despojo de tierras, masacres, ejecuciones extrajudiciales, tortura, violencia sexual, etc. Se acordó que su resarcimiento debía estar en el centro de cualquier acuerdo de paz y que se debía partir de unos principios fundamentales, a saber, su reconocimiento oficial como víctimas, el reconocimiento de responsabilidad por los victimarios, la satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, la participación de muchos sectores de víctimas en las discusiones etc.

Se diseñó un sistema integral de justicia y reparación compuesto por mecanismos judiciales y extrajudiciales que deben funcionar de manera coordinada para lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas (podría decirse que es un sistema sin precedentes en el mundo, pues son mecanismos íntimamente relacionados y no aislados). Este sistema está integrado por una Unidad de Búsqueda de Desaparecidos (se calculan en 40.000), una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No

Repetición, Medidas de Reparación Integral y una Jurisdicción Especial para la Paz, que constituye el componente judicial del sistema acordado.

Debe resaltarse que la llamada Jurisdicción Especial para la Paz busca principalmente satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, evitar que los graves hechos violatorios de derechos humanos queden sin sanción judicial y, de esta forma, cumplir con el deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar estos graves hechos. En ella podrán participar, en primer lugar, los guerrilleros desmovilizados que hayan dejado las armas y estén en las zonas de concentración y agrupamiento previstas; en segundo lugar, los agentes del Estado que hayan cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto armado (no son pocos los casos de, por ejemplo, miembros del ejército nacional que han cometido delitos graves); en tercer lugar, los terceros civiles que participaron en el conflicto de manera indirecta y que pueden tener algún tipo de responsabilidad en, por ejemplo, la financiación o en cualquier tipo de colaboración con los grupos armados ilegales.

Ahora bien, el modelo acordado diferencia en su tratamiento judicial entre quienes son autores o tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos como los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, etc., y quienes cometieron delitos que pueden entenderse aún en nuestra tradición jurídica como “políticos”<sup>1</sup> y que, por ende, pueden ser objeto de amnistía e indulto<sup>2</sup> u otro tratamiento especial equivalente al perdón penal. Frente a los primeros igualmente se hacen diferencias en el procedimiento y la sanción penal cuando desde el inicio se reconoce responsabilidad y cuando esto no sucede; la gran diferencia termina manifestada en la pena a imponer, en el primer caso una sanción restrictiva de la libertad de 5 a 8 años (no privativa) de carácter restaurativo enfocada en la realización de obras y trabajos de reparación del daño causado y, en el segundo caso, es decir, cuando no se reconozca responsabilidad, penas efectivas privativas de la libertad en condiciones carcelarias ordinarias que pueden llegar hasta los 20 años de prisión.

### III. Selectividad y priorización como criterios inherentes a los instrumentos de justicia transicional en Colombia

La experiencia difícil de judicialización maximalista ensayada en el proceso de sometimiento del paramilitarismo en Colombia llevó a que este nuevo sistema de justicia transicional acordado en la Habana contenga criterios de

selección y priorización de casos y situaciones así como de máximos responsables, pues quedó demostrada la imposibilidad, así como la inconveniencia, de juzgar a todos los participantes en el conflicto por todas las conductas cometidas.<sup>3</sup>

Respecto de la determinación del concepto de máximo responsable, a partir de una directiva de 2012 emitida por el despacho del Fiscal General de la Nación de Colombia se estableció que dicha figura no necesariamente cobija solamente a quienes ocuparon los cargos de mando y control dentro de la organización delictiva, pues también pueden ser máximos responsables quienes hayan cometido delitos particularmente notorios con independencia de la posición que ocupaban en la organización. Entonces, al igual que sucedió, por ejemplo, con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>4</sup> (TPIY, pero lo mismo se observa en otros tribunales ad hoc<sup>5</sup>), los máximos responsables son primeramente los altos mandos que tengan mayor grado de responsabilidad, pero obviamente puede haber líderes que, a pesar de gozar de esa posición, no sean máximos responsables, como también lo es que alguien sea considerado como tal aún cuando no ostente necesariamente un alto rango dentro de la organización criminal.

Entonces, el sistema diseñado en Colombia abre la posibilidad de introducir criterios de selección y priorización para investigar y juzgar a máximos responsables: será la Jurisdicción Especial para la Paz, en aplicación de las leyes que para el efecto se expidan, la que determine los alcances del concepto de máximo responsable y frente a ellos operarán todos los mecanismos de judicialización de crímenes atroces. Por otro lado, quienes no son máximos responsables y no hayan cometido delitos graves sino aquellos denominados

<sup>3</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha estudiado el alcance de estos principios y expuesto que son legítimos pues el volumen de delitos cometidos en Colombia durante el conflicto es elevadísimo y son muchos los participantes en él; la capacidad del Estado colombiano se vería desbordada, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013.

<sup>4</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1503, 2003, adoptado en su reunión 4817, el 28.8.2003: se sugiere que el TPIY se concentre “en la investigación y juzgamiento de los máximo dirigentes que sean sospechosos de ser máximos responsables de la comisión de los crímenes sobre los cuales tiene jurisdicción el TPIY [...]”

<sup>5</sup> En el caso de los Tribunales Extraordinarios de Camboya, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que la jurisdicción debía concentrarse “[...] sobre los altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y sobre aquellos que sean los máximos responsables por la comisión de los crímenes [...]”. Y esa parece ser la posición de la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional de acuerdo a la estrategia de persecución de la Corte de 2009, “la investigación se debe concentrar en aquellas personas que se encontraban en los más altos escalones de responsabilidad”, International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012 del 1.2.2010.

<sup>1</sup> Sobre el delito político y su tradición, *Aponte Cardona*, en: *Ambos/Malarino/Steiner* (eds.), 2015, pp. 113 ss.

<sup>2</sup> Reconociendo el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra que dispone lo siguiente: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.” Al respecto *Perdomo Torres*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 81 (2006), 159-172.

“políticos” pueden ser cobijados por amnistías o indultos en el sentido de la Ley 1820 del 30.12.2016, ley que ya empieza a desarrollar el acuerdo de paz.

Otra de las manifestaciones de los principios de selección y priorización se puede observar cuándo nos preguntamos qué conductas deben ser sancionadas; y, acorde con el derecho internacional, los instrumentos de justicia transicional en Colombia prevén que se seleccionen para investigar y juzgar aquellas que se consideren más graves. Es decir, un hecho debe superar el filtro de gravedad presupuestado (como sucede en la jurisdicción penal internacional) para ser seleccionado, de tal forma que todos los crímenes graves sean objeto de judicialización y así se cumplan las obligaciones del Estado colombiano. Algo muy importante es que este ejercicio de investigación se deberá hacer dentro de una metodología de contexto, es decir, entendiendo las características económicas, políticas, sociales en el marco de las cuáles se cometieron los hechos punibles, pues solo así se podrá investigar correctamente crímenes de sistema como los ocurridos en el conflicto armado colombiano.<sup>6</sup> Ahora bien, es posible que un hecho punible menor (o, mejor dicho, no grave) no sea investigado a la luz del derecho penal, ni sea objeto de amnistía por no ser un delito político o conexo, pero ello no significa que no pueda ser analizado bajo la óptica de, por ejemplo, la Comisión de la Verdad o de otros instrumentos extrajudiciales creados precisamente para la reconciliación social.

Y todo esto está en consonancia con las políticas de priorización y selección de la Corte Penal Internacional. En un documento de septiembre de 2016<sup>7</sup> emanado de la oficina del Fiscal se expone:

“[...] no es función de la oficina investigar y procesar todos y cada uno de los presuntos delitos en una situación dada, o toda persona presuntamente responsable de tales crímenes. Esto sería prácticamente inviable [...] la oficina apoya plenamente el papel que pueden desempeñar los mecanismos de búsqueda de la verdad, los programas de reparación [...]”<sup>8</sup>

Debe mencionarse que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana) ha impuesto una serie de parámetros a los Estados americanos cuando se pretendan diseñar

instrumentos de justicia transicional. En concreto, se ha rechazado la utilización de la amnistía o el indulto como único mecanismo para lograr la paz, pues nunca será aceptable un proceso tal si permite que haya impunidad. No obstante, la Corte ha abierto la posibilidad de que se emitan leyes de amnistía para lograr el cese de las hostilidades y posibilitar el retorno a la paz; así lo dijo en el examen de la Ley de Amnistía General expedida en El Salvador:

“[...] se colige que la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades en El Salvador, imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición.”<sup>9</sup>

Entonces, se acepta este tipo de leyes siempre que no superen el umbral jurídico permitido y conlleven a la impunidad. Y en cuanto a lo que debe entenderse por impunidad la misma Corte, en el caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sostuvo:

“impunidad es la falta, en conjunto, de la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención [...]”<sup>10</sup>

Bajo el Sistema Interamericano impunidad es la falta generalizada y total de investigación, judicialización y condena de quienes cometan violaciones a los derechos humanos.

Pero el sistema de justicia transicional diseñado en el Acuerdo de Paz tiene en cuenta todos estos aspectos. No habrá impunidad en la medida en que se investigarán y sancionarán a los máximos responsables y los casos más graves y emblemáticos. La utilización de figuras como la amnistía o el indulto estarán limitados a los delitos políticos y conexos, de manera que se mantiene el umbral jurídico permitido y aceptado internacionalmente. Todo esto se complementará con los demás elementos del sistema de justicia transicional (judiciales y extrajudiciales) ya mencionados y que garantizan plenamente los derechos de las víctimas.

#### IV. Imposición de penas alternativas

Como ya comentamos, el modelo de justicia transicional acordado en La Habana prevé la aplicación de penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. En efecto, se parte de la base que las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz; además, se dice, deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado posible, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante

<sup>6</sup> Sobre la necesidad de esta metodología investigativa para atender obligaciones internacionales, *Montealegre Lynett*, en: Palacio Palacio/Escrucera Mayolo/Ramírez Álvarez (eds.), *Diálogo constitucional para la paz*, 2014, pp. 211 ss.

<sup>7</sup> International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation del 15.9.2016: “This policy paper sets out the considerations which guide the exercise of prosecutorial discretion in the selection and prioritisation of cases for investigation and prosecution.”

<sup>8</sup> En detalle al respecto Goebertus Estrada, *Compatibilidad entre las herramientas de justicia transicional en Colombia y el derecho internacional*. Peritaje de experto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, en proceso de publicación.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 25.10.2013 – Serie C, No. 252 (Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador), nm. 286.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 27.11.2003 – (Caso Maritza Urrutia v. Guatemala), nm. 126.

la jurisdicción de paz. Consistirán en restricciones de libertades y derechos como los de residencia y movimiento en zonas determinadas y estarán en total consonancia con las obligaciones que para los desmovilizados surjan de todos los puntos del acuerdo de paz. El acuerdo enumera proyectos tanto rurales como urbanos de protección del medio ambiente, de desarrollo de infraestructura, de sustitución de cultivos ilícitos, de desminado, de búsqueda de desaparecidos, de limpieza territorial de explosivos etc.

Este es quizás uno de los puntos más debatidos desde el comienzo del proceso de paz con las Farc; el punitivismo y el populismo penal, tan arraigados en la sociedad colombiana, han dificultado el entendimiento de la justicia transicional como tal, y la aceptación de medidas sancionatorias de corte más restaurativo que retributivo.

Estas discusiones ya alcanzaron los tribunales colombianos. La Corte Constitucional de Colombia concluyó que este tipo de medidas resultan ajustadas al texto de la Constitución ya que se trata de un instrumento encaminado a lograr la paz, consagrada como derecho y como deber en el artículo 22;<sup>11</sup> es decir, que un ejercicio de ponderación constitucional da especial importancia y preeminencia al logro de la paz en Colombia. No obstante, el tribunal dejó claro que cualquier tipo de alternatividad penal no puede ir en contravía de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Mirando esta discusión desde la perspectiva del derecho internacional podemos concluir que no hay una obligación explícita de imponer medidas privativas de la libertad como única pena posible ante la comisión de delitos relacionados con el conflicto armado; esta conclusión se alcanza después de revisar los diferentes regímenes de derecho internacional.

Por ejemplo, dentro de las obligaciones estatales de respeto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) se encuentra la de investigar y juzgar a los responsables de infringir las Convenciones de Ginebra, más no se menciona la de sancionar a los responsables y mucho menos se encuentra el tipo de sanción que debe imponerse a quienes sean hallados responsables por la comisión de esos crímenes. Ahora bien, asumiendo que por la esencia de estos instrumentos y por el sentimiento de justicia de derechos (o por una obligación consuetudinaria) existe la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables,<sup>12</sup> se sigue dando el mismo vacío: no se expresa de qué manera o con la imposición de qué medidas estos deberán ser sancionados.

En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos la situación, en primer momento, parece ser diferente, en cuanto que varios instrumentos de derechos humanos consagran sí la obligación explícita de castigar los crímenes contra los derechos humanos (la Convención sobre esclavitud, para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, entre otras). Sin embargo, al igual que sucede con el derecho internacional humanitario, estos tratados no

señalan las medidas sancionatorias que deberán imponer los Estados. Algunos de estos instrumentos, sin embargo, van un poco más lejos y determinan que la pena debe ser eficaz y ser apropiada teniendo en cuenta la gravedad del delito, es el caso de Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sistema que a diferencia de los anteriores sí ha dejado clara la obligación de castigar y sancionar de acuerdo con la gravedad de las violaciones perpetradas, se ha abierto la posibilidad de analizar todas las obligaciones de la Convención Americana de la mano de los esfuerzos de paz de los Estados, encaminados a terminar focos de violencia generalizada. En el voto concurrente del caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, el Juez Diego García-Sayán señaló:

“En este contexto, se pueden diseñar pautas específicas para el tratamiento de los responsables de las más graves violaciones abriendo el camino, por ejemplo, de priorizar los casos más graves como ruta de manejo de una problemática en la que podrían ser, en teoría, muchos miles de procesados y atender los casos de menor gravedad a través de otros mecanismos. [...] La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar.”<sup>13</sup>

En este voto concurrente el juez evidencia los esfuerzos que se requieren cuando se está desarrollando un proceso de paz derivado de un conflicto armado. Si bien es cierto que existen unos límites dispuestos por la jurisdicción internacional, ambas partes deberán hacer concesiones necesarias para poder alcanzar la paz.

En cuanto a la Corte Penal Internacional es claro que existe la obligación de los Estados de investigar, juzgar y castigar a todos aquellos que cometan las conductas prohibidas por el Estatuto de Roma. Ahora bien, acorde con lo dicho hasta aquí, no es posible identificar una fuente que diga de qué manera o imponiendo qué medidas se debe castigar o sancionar a los responsables, lo que nos lleva a sostener que existe un margen de regulación amplio en esta materia. No obstante, no se puede desconocer las discusiones que al respecto se han dado en los tribunales penales internacionales ad hoc y en la CPI; en general podemos decir que en los tribunales para la ex-Yugoeslavia y para Ruanda, así como del texto del Estatuto de Roma todo se enfoca hacia la pena de encarcelamiento.

Durante las negociaciones del Estatuto de Roma varios Estados presentaron diferentes propuestas para incluir penas diferentes a la privación de la libertad; algunas delegaciones manifestaron su deseo de que el Estatuto contemplara formas alternativas de castigo como el servicio comunitario, lo que provocó la oposición de quienes pensaron que estas otras formas no podían ser aptas tratándose de crímenes graves,<sup>14</sup> el resultado de esta discusión ya lo conocemos. No obstante, es claro que las reglas incluidas en el Estatuto regirán todas

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013.

<sup>12</sup> Henckaerts/Doswald-Beck, Customary International Law, Vol. I: Rules, 2009, pp. 574-590.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 25.10.2013 – Serie C, No. 252 (Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador), nm. 29-31.

<sup>14</sup> Schabas, Punishment & Society 2002, 269.

aquellas situaciones y casos en conocimiento de la CPI, pero en ningún momento alteran las normas o procedimientos en los sistemas jurídicos internos de los Estados parte, ni les da obligaciones precisas en relación con la forma de investigar, enjuiciar o sancionar los crímenes internacionales. Todo ello, sin duda, expresión del principio de complementariedad.

Ahora, el texto del Estatuto de Roma deja al descubierto que la voluntad de los Estados era que este instrumento no afectara de ninguna manera su libertad para adoptar en los sistemas jurídicos internos otras sanciones.<sup>15</sup> Esto se manifiesta en la cláusula de salvaguardia dispuesta en el artículo 80 del Estatuto:

“[n]ada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.”

Así las cosas, las penas dispuestas en el ordenamiento penal de un Estado parte no necesariamente deben ser las mismas a aquellas del Estatuto. Esto abre un abanico de posibilidades como las penas alternativas, más aún cuando de lo que se trata, como sucede con las normas de transición en Colombia, es de extirpar una fuente de violencia generalizada que, de mantenerse, costaría muchas más víctimas, precisamente por la perpetuación del conflicto.

Y así parece entenderlo también la Corte Penal Internacional. Como lo expuso recientemente en Colombia *James Stewart*, Fiscal Adjunto de la Corte, refiriéndose a los fines de las penas por crímenes internacionales:

“Las medidas que han sido tema de discusión en Colombia y que están previstas en el Marco Jurídico para la Paz como posibles rasgos de la justicia transicional en un futuro, abarcan la posibilidad de reducir las penas, suspender su ejecución o imponer penas alternativas. ¿Serían esas condenas compatibles con las disposiciones del Estatuto de Roma en materia de complementariedad? Si bien el Estatuto de Roma contiene disposiciones relativas a las penas en los procesos ante la CPI, no prescribe un tipo o duración específica de las condenas que los Estados deben imponer por crímenes. En materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad. El derecho interno solamente debe llevar adelante investigaciones, enjuiciamientos y sanciones que apoyen el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma – poner fin a la impunidad por crímenes de atrocidad masiva. Por consiguiente, las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas. Sin embargo, deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores. En el contexto del derecho penal internacional, estos

<sup>15</sup> Sobre la necesidad de respeto máximo a los principios que orientan las penas en los países por parte de la Corte Penal Internacional, *Olásolo Alonso*, Ensayos de derecho penal y procesal internacional, 2011, pp. 192 ss.

objetivos protegen los intereses de las víctimas y reivindican los derechos humanos fundamentales.”<sup>16</sup>

Es evidente que el derecho penal internacional sigue en construcción. Colombia con su ya rica experiencia en justicia transicional y con el modelo diseñado en el acuerdo de Cartagena de Indias respeta sus obligaciones internacionales y contribuye, como ningún otro país, al desarrollo, correcto entendimiento y respeto del nuevo orden penal internacional; un proceso de paz que intenta cumplir en el mayor grado posible con las obligaciones del Estatuto de Roma debe ser entendido como modelo de respeto de juridicidad internacional.

Tendrá la Corte Penal Internacional el gran desafío de abordar el test de admisibilidad del artículo 17 del Estatuto entendiendo cuáles fueron las causas del conflicto armado colombiano, la integralidad del sistema de víctimas adoptado y una realidad palmaria: las tensiones que se presentan entre el proceso de paz y el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia demandan un ejercicio de ponderación o proporcionalidad, también aplicable a valores liberales internacionales, que permita saber, a ciencia cierta, si se respeta el sentido de justicia internacional<sup>17</sup> (ejercicio no ajeno al derecho penal, piénsese en la figura del estado de necesidad<sup>18</sup>). No se olvide que toda guerra interna es un estado de cosas excepcional, una “anormalidad” donde no hay garantía de derechos individuales, ni sustento cognitivo para el funcionamiento del “normal” derecho. Por ello, la pena simplemente retributiva nunca será suficiente; una restaurativa que signifique más que un simple castigo, como está previsto en el acuerdo, no solo ayudará a construir las bases sólidas de la paz y a mitigar en alguna medida las causas del conflicto, sino que también ayudará a institucionalizar el derecho, a hacer justicia.<sup>19</sup>

De la mano del artículo 53 del Estatuto, la Fiscalía de la CPI puede concluir que si bien, en principio y frente a algunas particularidades del modelo diseñado, pueden existir razones para pensar en la activación de la jurisdicción de la Corte, es posible abstenerse de abrir una investigación por considerar que no se cumple con el requisito de interés de la

<sup>16</sup> Conferencia de *James Stewart*, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional, 13.5.2015. Consultar en:

<http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf> (7.9.2017).

<sup>17</sup> Reclamando un papel activo del derecho internacional frente a las necesidades de pacificación de las sociedades en conflicto tanto para la consecución de la paz como el posconflicto, *Túregano Mansilla*, en: *Túregano Mansilla* (ed.), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, 2012, pp. 47 ss.

<sup>18</sup> En detalles sobre ponderación en el estado de necesidad, *Perdomo Torres*, *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, 2011.

<sup>19</sup> Cfr. *Bautista Pizarro*, *Justicia penal y restablecimiento del derecho en tiempos de guerra*, Conferencia.

justicia,<sup>20</sup> precisamente porque ella termina siendo garantizada en este modelo sui generis. La consecución de la paz a través de la negociación es también un mandato de la justicia<sup>21</sup>.

#### V. Conclusiones

La situación de transición de un conflicto armado hacia la paz no permite a los Estados desconocer las obligaciones internacionales: el derecho a la paz de un pueblo no anula los derechos a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de las víctimas. Pero un contexto de transición demanda ingenio para construir un sistema de protección de derechos que atienda dichas obligaciones y que garantice al mismo tiempo la paz. Eso es lo que ha hecho Colombia; después de vivir los desastres y horrores de una guerra interna firmó un tratado de paz donde en materia de víctimas quedó consagrado un sistema integral de protección que no sólo hace efectivos sus derechos en general, sino además que en materia de justicia no conlleva impunidad. Por el contrario, todos los mecanismos judiciales previstos para la solución judicial del conflicto armado reconocen, desarrollan y hacen efectivos los mandatos y compromisos internacionales asumidos por Colombia. Como demostramos, el sistema de justicia transicional colombiano es compatible con la jurisprudencia y prácticas de los tribunales internacionales, pero el gran desafío para terminar de legitimar este proceso es que todo lo acordado pueda ser estrictamente cumplido e implementado.

---

<sup>20</sup> De la mano del artículo 53 del Estatuto de Roma algunos interpretan un espacio para mecanismos alternativos a la persecución penal estricta, *Gil Gil/Maculan*, en: Túregano Mansilla (nota 17), p. 158.

<sup>21</sup> En ese sentido *Kress*, *Frieden statt Recht?*, publicado en el *Süddeutsche Zeitung* del 27.8.2016, p. 5. Consultar en <http://www.sueddeutsche.de/politik/gastkommentar-frieden-statt-recht-1.3137005>.