

**REVISIÓN EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE
PROCESOS COLOMBIANOS DE JUSTICIA Y PAZ**

NADIEHEZKA PALENCIA TEJEDOR

Trabajo de grado para optar al título de Abogada.

ASESOR

DAVID MERCADO PÉREZ.

ABOGADO, ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO.



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARTAGENA- COLOMBIA

2011

Nota de aceptación.

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Cartagena, 20 de Junio de 2011.

AGRADECIMIENTOS

Hay muchas personas a las que toda la vida les tengo que agradecer el haber culminado mi carrera de abogada con la satisfacción de seguir por el camino que mis preferencias indican. La Licenciada JOSEFA TEJEDOR BARRIOS, mi mamá; por volverse nuevamente estudiante conmigo, nunca voy a olvidar tanta dedicación. El Dr. RAFAEL PALENCIA FERNÁNDEZ, mi papá, por sembrar la semilla y su importante aporte a ésta investigación. El Dr. DAVID MERCADO, mi profesor, mi asesor, y una persona por la cual profeso un gran cariño y admiración. DANIEL JIMENEZ, una persona muy especial, que siempre estuvo para apoyarme en la decisión de rendirle culto a la academia, aunque muchas veces las razones de la conveniencia indicaran otras cosas. JOSÉ PADAUI, por su desinterés y humanidad, por brindar su ayuda cada vez que fue necesario. Y a todas aquellas personas que hicieron agradable mi paso por la histórica Universidad de Cartagena, especialmente mis amigos de ciencias humanas, los tengo muy en cuenta a todos.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	5
GLOSARIO.....	9
INTRODUCCIÓN.....	21
1. ANTECEDENTES.....	29
1.1 JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES AD HOC	30
1.1.1 Tribunal de Nuremberg	30
1.1.2 Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia.....	31
1.1.3 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	33
1.2 JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES PERMANENTES DE DERECHOS HUMANOS	35
1.2.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	35
1.2.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	42
1.3 ANÁLISIS DE ESTA JURISPRUDENCIA.....	52
1.4 Conclusiones de capítulo.....	55
2. LA “SITUACIÓN” COLOMBIANA	56
2.1 ¿Qué es una situación?	56
2.2 Caso Colombia	57
2.2.1 Algunas reflexiones históricas.....	57
2.3 El carácter de los delitos cometidos por los paramilitares	70
2.4 Estructuración de la competencia de la CPI	98
2.5 Conclusiones de capítulo.....	105

3. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL	106
3.1 Conceptos básicos y características de la Justicia de Transición.....	106
3.2 Estudio de la ley 975/05 a la luz de la Justicia de Transición	121
3.3 Conclusiones de capítulo.....	130
4. EI PRINCIPIO PENAL DE FAVORABILIDAD EN LOS ÁMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL	133
4.1 Definición	133
4.2 Elementos diferenciales	138
4.3 Conclusiones de capítulo.....	140
5. TEORÍAS JURÍDICAS APLICABLES AL PROBLEMA.....	141
5.1 Teoría general del conflicto de normas.....	141
5.2 Teorías del monismo y dualismo del Derecho Internacional.....	143
5.3 Teoría del bloque de constitucionalidad.....	146
5.4 Conclusiones de capítulo.....	150
6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA SOBRE JUSTICIA Y PAZ	152
6.1 Corte Constitucional.....	152
6.2 Corte Suprema de Justicia.....	162
6.3 Análisis de estas sentencias	169
6.4 Conclusiones de capítulo.....	171
7. CONCLUSIONES, LIMITACIONES Y RECOMENDACIONES PARA FUTURAS INVESTIGACIONES.....	174
7.1 Conclusiones	174
7.2 Limitaciones	180

7.3 Recomendaciones para futuras investigaciones.....	180
BIBLIOGRAFÍA.....	182

GLOSARIO

1. ALTERNATIVIDAD PENAL: En el marco de la ley de Justicia y paz es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una mucho más benigna denominada “pena alternativa”, la cual oscila entre 5 y 8 años de privación de la libertad, ésta se concede por la supuesta contribución del beneficiario a los propósitos establecidos en dicha ley (“la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”).¹

2. ANTINOMIA O CONFLICTO NORMATIVO: Fenómeno que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente. La **contradicción normativa**, es una subespecie considerada como el conflicto normativo auténtico, porque se configura como contradicción material, y esto se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus contenidos son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra.² Con frecuencia se utilizarán estos dos conceptos como sinónimos.

¹ Ley 975 de 2005. Art. 3 y 29.

² Hurueta. Ochoa, C. 2010. Conflictos Normativos. Mexico. D, F. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Pág. 7. (En línea). Disponible en www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm%3F1%3D949+que+es+conflicto+de+normas&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co. Consultado el 11 de Febrero 2010.

3. COMPETENCIA COMPLEMENTARIA O “SUBSIDIARIA” DE LA CPI: El preámbulo del Estatuto de Roma, párrafo décimo, destaca que “...la Corte Penal Internacional será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales...”. Lo anterior quiere decir que la Corte Penal Internacional no pretende reemplazar los tribunales nacionales de los estados parte, sino actuar en subsidio de aquéllos. Es decir, en primera medida son los países los llamados a reprimir los crímenes de carácter internacional, y en caso de que los sistemas jurídicos nacionales omitan hacerlo.

En éste sentido, la CPI, se vale del principio de selectividad, que le permite escoger los casos de comisión de crímenes internacionales más representativos para investigarlos y juzgarlos, no sólo con la finalidad de combatir la impunidad en ese caso específico, sino para que a su vez, sea un ejemplo permeable a los sistemas nacionales de administración de justicia.³

4. CORPUS IURIS DE LOS DERECHOS HUMANOS: La expresión “*Corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. En su opinión consultiva OC-16/1999, la Corte interamericana manifestó que el *corpus juris* de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”

³ Memorias Seminario- Taller. “CORTE A LA IMPUNIDAD”. Colombia en la mira de la corte penal internacional. (2006. Santa fe de Bogotá) 2006. Nociones Sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá Colombia. Pág 35-36.

(párr. 115)⁴ que no necesariamente son exclusivos del sistema normativo interamericano de protección a los Derechos Humanos.

5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS O CORTE IDH:

Es el órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos, que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella, y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos.

Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ó CIDH), que también goza de autonomía, con sede en Washington D.C, cuyo mandato deriva de la Carta de la OEA y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, constituye uno de los pilares fundamentales del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

6. CORTE PENAL INTERNACIONAL: La Corte Penal Internacional (CPI). Es un tribunal internacional permanente, encargado de juzgar a los individuos mayores de 18 años, responsables de cometer las violaciones internacionales más graves contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, con carácter complementario a las jurisdicciones nacionales. Cuyos principios, composición, reglas de procedimiento y conductas punibles se encuentran consignados en el Estatuto de Roma y sus dos instrumentos

⁴ O'Donnell, D. 2004. Derecho Internacional De Los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. Primera edición. Pág.57.

adicionales sobre los “Elementos de los crímenes”⁵ y “Las reglas de procedimiento y prueba”⁶.

7. CRIMEN DE GUERRA: Ataques contra la población civil como parte de un plan o política o de la comisión a gran escala de tales crímenes. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, con actos contra personas o bienes protegidos por estos. Los cuales están enlistados por el artículo 8º del estatuto de Roma.

8. CRIMEN INTERNACIONAL: Las más graves violaciones de los derechos humanos han sido tipificadas por el Derecho internacional de los derechos humanos como crímenes internacionales. Cuando estas violaciones se dan como parte de un ataque generalizado y sistemático a una población civil se constituyen en crímenes de lesa humanidad. Cuando ocurren ataques a las personas y bienes protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (DIH), en medio de un conflicto armado, como producto de una política o se ocurren en forma masiva en medio de un conflicto armado son tenidos como crímenes de guerra. Los ataques con la intención de su desaparición parcial a un grupo nacional, religioso, racial, político, étnico por razones étnicas, nacionales, los ha tipificado la comunidad internacional como genocidio. Estas conductas, junto al crimen de agresión, han sido definidas por el Estatuto de Roma como los crímenes respecto de los cuales la Corte Penal Internacional (CPI) tiene competencia complementaria para conocerlos.

⁵ Valencia. Villa, A. Comp. 2003. Compilación de Derecho Penal Internacional: El estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Primera edición. pág. 101y ss.

⁶ *Ibíd.* Pág. 151 y ss.

9. DELITO DE LESA HUMANIDAD: Se entenderá como crimen de lesa humanidad cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o con conocimiento de dicho ataque: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución a un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales y religiosos, de género (se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad) u otros motivos reconocidos como universalmente inaceptables, con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier otro acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la corte; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; otros acto inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.⁷

10. DERECHO PENAL INTERNACIONAL: Conjunto de disposiciones de derecho internacional que definen los crímenes internacionales y regulan el funcionamiento de los tribunales competentes para conocer de los casos en los que los individuos incurran en responsabilidad penal internacional, imponiendo las sanciones que correspondan. El surgimiento de esta rama supone una

⁷ Art 7. Estatuto de Roma.

importante evolución respecto del Derecho internacional clásico, que era esencialmente interestatal y no consideraba a la persona como sujeto de Derecho internacional.

Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del Estatuto de la CPI, no sólo consolidan al derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal (derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial.⁸

11. DERECHOS HUMANOS: Conjunto de principios de aceptación universal, reconocidos constitucionalmente y garantizados jurídicamente, orientados a asegurar al ser humano su dignidad como persona, en las dimensiones individual y social, material y espiritual.

La comunidad internacional, a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, ha venido siendo prolifera en la adopción de instrumentos y creación de instancias para la defensa de éstos, siendo un emblemático punto de partida para la construcción del derecho internacional de los derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos de la ONU de 1948, La que con fundamento en la dignidad humana establece un catalogo de derechos inviolables de las personas. Derechos que se codifican en una serie de tratados

⁸ Kai, A. 2005. La Parte General Del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática. -Traducción al castellano de la versión abreviada y actualizada de Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Duncker und Humblot, Berlín, Alemania, 2002 (primera edición) y 2004(segunda edición).- Uruguay. Edit. Temis.Pág. 35.

que cada vez más son precisados y fortalecidos, al igual que los mecanismos de defensa: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles Inhumanos o Degradantes, Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada. Todos ellos adoptados en el escenario de las Naciones Unidas.

12. ESTATUTO DE ROMA⁹: Tratado multilateral concebido con objeto de exigir responsabilidades penales a los autores de un conjunto básico de delitos comprendidos en el derecho internacional¹⁰. Es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de Julio de 1998, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional".

13. GENOCIDIO: Se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de

⁹ Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional. 17 de Julio de 1998.

¹⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL: Relación de requisitos para la aplicación efectiva del Estatuto de Roma. 2010. Amnistía Internacional. (En línea). Disponible en <http://coalitionfortheicc.org/documents/AIEffectivelmp27Jul00sp.pdf>. Consultado por última vez el 20 de Junio de 2010. 9:30 am.

existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo¹¹

14. IMPUNIDAD: Situación que se da cuando los autores materiales, determinadores o cómplices de conductas constitutivas de infracciones penales, en este caso, 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 faltas en el funcionamiento del poder judicial, ya gracias a la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.¹²

15. IUS COGENS: Son las normas de máxima jerarquía en el derecho internacional. La definición más aceptada es la plasmada en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que lo define como una “norma imperativa de derecho internacional general”, y agrega: Para los efectos de esta Convención. Una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones como una norma que no admite acuerdo en contrario **y que sólo puede ser**

¹¹ Art. II, Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.1948.

¹² Memorias Seminario Internacional: Corte Penal Internacional. Instrumento De Paz En Colombia. (2003. Santa fe de Bogotá) 2003 Reflexiones sobre los Principios concernientes al derecho a la verdad, justicia y reparación. Fruling, Michael. Bogotá. Colombia. Konrad -Adenauer- Stiftung. Pág. 18.

modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general posterior que tenga el mismo carácter.¹³

16. LEY DE JUSTICIA Y PAZ: Denominación dada a la ley 975 del 2005, que establece un marco normativo para los procesos de desmovilización, desarme y reinserción y la concesión de beneficios jurídicos frente a un amplio número de hechos punibles, muchos de ellos vinculados a crímenes internacionales¹⁴. Instituida para el llamado “proceso de paz” con grupos paramilitares en Colombia.

17. MACROCRIMINALIDAD: Figura criminológica que envuelve gran complejidad por sus características de extensión, intervención de un gran número de sujetos, y principalmente por producir una cantidad notable de víctimas; la cual en su mayoría se distingue por condiciones políticas de excepción y el papel activo del Estado¹⁵.

18. PARAMILITAR: En Colombia se les llama paramilitares a los grupos armados ilegales de extrema derecha que se autodenominan como autodefensas. Y el fenómeno del Paramilitarismo a su vez, se refiere particularmente al accionar de ciertos grupos armados y al margen de la ley

¹³ O’Donell, D. 2004. Derecho Internacional De Los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. Primera edición. Pág. 72-73.

¹⁴ Kai, A. 2010. Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal internacional: Estudio sobre la Facultad de Intervención Complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia. Bogotá. Edit. Temis. S.A. Pág. 30.

¹⁵ Realmente es una mezcla de conceptos con notable influencia de la concepción del tratadista Ambos Kai, plasmada en su obra “Parte general del Derecho Penal Internacional”.

que se organizaron a partir de los años 70 con el fin de combatir a los grupos armados de extrema izquierda (guerrillas colombianas), Dichos grupos se extendieron por diversas regiones del territorio nacional con la participación de hacendados, colonos y pequeños industriales, los cuales llegaron, en los años 90, incluso a la conformación de una entidad mayor a la que denominaron Autodefensas Unidas de Colombia bajo la sigla AUC. En el génesis y desarrollo histórico de dichos movimientos se vieron involucrados agentes del mismo Estado como policías, militares, además de representantes políticos y de otros sectores de la sociedad. Dicha participación desembocaría en el escándalo judicial y político que hoy se denomina “Parapolítica”.

19. PROCEDIMIENTO RESIDUAL: En el caso de la ley 975/05 se refiere a que fue instituida para los casos en que las conductas delictivas cometidas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, durante y con ocasión de su pertenencia al grupo, que no quedaron cobijados por la ley 782 de 2002 bajo el contexto del proceso de paz con las Autodefensas; Es decir, que aplica cuando no sea posible conceder el indulto, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, por estar éstos vinculados en investigaciones o procesos relacionados con actos atroces, de ferocidad o barbarie (terrorismo, secuestro, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión, etc.).

20. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL: Se entenderá como la responsabilidad penal individual que deviene de las más graves violaciones a derechos humanos. Durante los juicios de Nuremberg y Tokio, se dejó claro

que cualquier individuo, independientemente de su rango o autoridad, podría ser responsable por crímenes de guerra, contra la paz y crímenes contra la humanidad, y que la responsabilidad individual podía ser exigida a nivel internacional, en sus propias palabras, el Tribunal internacional de Nuremberg dijo que... "*son los hombres, y no las entidades abstractas, quienes cometen los crímenes cuya represión se impone, como sanción del Derecho Internacional*". En el Art. 25 del Estatuto de Roma están descritas las formas de responsabilidad individual para las cuales la CPI tiene competencia.

21. TRATADO INTERNACIONAL: Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y **cualquiera que sea su denominación particular.**¹⁶

22. TRIBUNAL AD HOC: Tribunales Penales Internacionales instituidos para juzgar a los grandes responsables de crímenes internacionales en conflictos específicos, cuyas competencias están restringidas a un periodo de tiempo y lugar determinados.

23. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Es una institución permanente con sede en Estrasburgo, Francia; que se encarga de proteger los derechos humanos en Europa. Está formado por un número de jueces independientes europeos, igual al número de Estados miembros del Consejo y un Secretariado. El Tribunal Europeo surgió de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, el objetivo era supervisar su cumplimiento por los

¹⁶ 2do punto introductorio de la Convención de Viena. Sobre el derecho de los tratados.1969.

Estados Partes. La Convención Europea de Derechos Humanos (oficialmente conocida como Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) es uno de los convenios más importantes adoptados por el Consejo de Europa.

24. VALIDEZ JURÍDICA NORMATIVA: Se refiere al acoplamiento de una norma jurídica con los parámetros del sistema jurídico al cual pertenece, que van desde el cumplimiento de todos los requisitos formales para su creación (validez formal), hasta la concordancia con los preceptos axiológicos del mismo (validez material).

25. VERSIÓN LIBRE: Diligencia mediante la cual, el procesado en presencia de su abogado defensor, principalmente debe hacer una manifestación de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya participado en los hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado ilegal por los que se acoge a la ley (975/05), además de la indicación de los bienes que se entregan para la reparación.

INTRODUCCIÓN

ESTUDIA. EL DERECHO SE TRANSFORMA CONSTANTEMENTE. SI NO SIGUES SUS PASOS, SERÁS CADA DÍA UN POCO MENOS ABOGADO.

Alvaro J. Couture.

“Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento...¹⁷”. Desde Nuremberg la comisión delitos que atenten contra la esencia de la condición humana ha sido rechazada aún por encima de las soberanías estatales, hoy más consolidada ésta preocupación mundial, por iniciativas de la magnitud de la creación de un tribunal internacional permanente cuya misión es velar por la erradicación de los vejámenes más repudiados por la humanidad da cuenta de la seriedad que ha adquirido la comunidad internacional con su compromiso por garantizar y respetar los derechos humanos.

En Colombia la preocupación por las graves violaciones a los derechos humanos, en el marco del conflicto armado con más de 40 años de historia, que según la Licenciada en Filosofía e Historia Mariela Márquez Quintero, es el segundo en el mundo más reconocido e identificado, atípico y *sui generis*,

¹⁷ Preámbulo del Estatuto de Roma. Primer párrafo.

después de la confrontación del Oriente Medio en Asia y África, cuyos orígenes además de ser políticos y sociales tienen el ingrediente del narcotráfico¹⁸, y un denominado proceso de transición que encuentra su marco jurídico en una ley, la 975 del 2005, que avizora estar en desacuerdo con los compromisos internacionales asumidos por el Estado, será el tema en cuestión.

Se analizará si en un eventual¹⁹ estudio de admisibilidad de la situación colombiana, la Corte Penal Internacional deberá respetar o no la *res iudicata* que pesa sobre los procesos y sentencias, que con las disposiciones de justicia y paz se siguen contra paramilitares que han cometido crímenes graves contra los derechos humanos. El eje transversal de la discusión estará en torno a la determinación de la validez de las leyes nacionales que contravienen la normatividad internacional resultando en beneficio de los perpetradores y sus obligaciones como sujetos de la comunidad internacional.

A continuación se hará un recorrido por la jurisprudencia de los tribunales internacionales ad hoc de Nuremberg, Ruanda y Yugoslavia, con el fin de seguirle la pista a su legado en el tema, pasando así a los pronunciamientos más recientes producidos en tribunales regionales de derechos humanos,

¹⁸ Marquez, Q. M. 2009. Enseñanza de la Historia del Conflicto Armado en Colombia: Fundamentos para la construcción de propuestas en el ámbito Universitario. Manizales. Revista latinoamericana de estudios educativos. 5(2): 205-230. Pag. 207.

¹⁹ No hay ninguna certeza de que la CPI asuma el caso Colombia, pero varios pronunciamientos ante la prensa de funcionarios de la misma expresando su preocupación indican que es un hecho posible.

obviamente dedicándole más contenido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser parte de nuestro sistema; con un análisis del contexto de las violaciones en el Estado Colombiano se dejarán los elementos para determinar si su carácter sistemático y generalizado constituye una situación admisible ante la CPI; y de ahí se pasará a estudiar la ley de justicia y paz a la luz de los cánones internacionales sobre justicia transicional a cuenta de establecer si ésta los cumple; el principio de favorabilidad aparecerá a instancias de conocer su validez y aplicación en el ámbito interno diferenciadas del internacional cuando hay normas del *ius cogens* de por medio; luego con una revisión de las teorías jurídicas aplicables se pretende llegar a las soluciones que éstas darían a la contradicción normativa encontrada, y por último la resolución de la casuística por parte de la corte suprema de justicia, junto con los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre justicia y paz permitirán obtener suficientes elementos de juicio para desarrollar una disertación argumentativa a favor de la total revisión jurídica del proceso de paz colombiano, que apunte a afirmar la necesidad de su replanteamiento en aras de la coherencia con lo que se define a sí mismo como un Estado Social de Derecho, cuya esencial misión de velar por que los derechos y deberes plasmados en su carta, entendida ella como un conjunto armónico que al final se traduce en el respeto por la dignidad del ser humano, se cumpla a cabalidad. De no ser así, que sería lo deseable, y como en efecto no está siendo, plantear la viabilidad del inicio de la acción penal por parte de la CPI en uso de su facultad de intervención complementaria con el fin de socorrer éste desastre humanitario sin aparente solución.

Sea finalmente expresar, que sería interesante que se dedicasen más esfuerzos investigativos tendientes a enriquecer esta iniciativa, que naturalmente abrevó de muchas otras especialmente provenientes del sector social organizado para su realización, y que por razones metodológicas se debió delimitar a unos aspectos muy puntuales del problema del desmonte de la cosa juzgada como valor jurídico de entidad absoluta generado por la confrontación de la normativa interna colombiana frente a la internacional que se considera inviolable. Es indudable que es vasto el camino que queda por recorrer y le sería de gran utilidad encontrar continuidad en otros ensayos.

*“...En última instancia, las autoamnistías violan los derechos a la verdad y a la justicia, desconocen cruelmente el terrible sufrimiento de las víctimas, obstaculizan el derecho a reparaciones adecuadas. Sus efectos perversos, a mi modo de ver, permean todo el cuerpo social, con la consecuente pérdida de fe en la justicia humana y en los verdaderos valores, y una perversa distorsión de los fines del Estado. Originalmente creado para la realización del bien común, el Estado pasa a ser un ente que extermina miembros de segmentos de su propia población (el más precioso elemento constitutivo del propio Estado, su substratum humano) ante la más completa impunidad. **De un ente creado para la realización del bien común, se transforma en un ente responsable por prácticas verdaderamente criminales, por innegables crímenes de Estado.**”²⁰*

Juez. A.A. Cançado Trindade. Corte IDH.

El proceso de negociación y desmovilización de las estructuras paramilitares que adelanta el Gobierno colombiano, se sustenta en dos marcos jurídicos que, aunque diferentes, son complementarios. Por medio de la aplicación del primero de ellos, se logró la desmovilización de la mayoría de los integrantes de esos grupos criminales y a través del segundo, estructurado por la Ley 975 de 2005, llamada Ley de Justicia y Paz se creó un procedimiento judicial²¹ residual, en virtud del cual se pretende el supuesto sometimiento a la justicia de los máximos líderes y mandos medios del paramilitarismo.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Párr. 21.

²¹ Ver glosario, concepto N° 19.

Esta ley en su versión original, contenía todo tipo de disposiciones por medio de las cuales se negaban los derechos y garantías mínimas tanto de las víctimas como de la sociedad en general. Su contenido fue analizado por la Corte Constitucional especialmente en las sentencias C-370 de 2006 y la C-570 de 2006. Si bien dicho Tribunal declaró la constitucionalidad de la ley, realizó importantes modificaciones e interpretaciones orientadas a adecuar el procedimiento a los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de verdad, justicia, reparación integral y garantías de no repetición. Sin embargo el Gobierno colombiano expidió una normatividad reglamentaria de la ley, encabezada por el decreto 3391 de 2006, por medio de la cual se modifican algunas de las disposiciones contenidas en la misma, y se implementan mecanismos dirigidos a dejar sin efectividad práctica los mandatos trazados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La normatividad que hoy rige el proceso de desmovilización paramilitar, resulta ser una clara evidencia de la ausencia de una voluntad política real por parte del Estado Colombiano, orientada a investigar y juzgar a los responsables de la comisión de crímenes internacionales ejecutados por el paramilitarismo y a establecer verdaderos mecanismos de reparación a favor de las víctimas²², las cuales se encuentran a la espera de aplicación de una nueva ley que aunque se considera como una ganancia, a juicio de expertos como Gustavo Gallón Giraldo, director de la comisión colombiana de juristas (CCJ), es insuficiente

²² International Federation for Human Rights. (FIDH). 2007. Colombia. La desmovilización Paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Pág. 20.

porque no hay un reconocimiento pleno de las víctimas, con una exclusión a las víctimas de las llamadas “bacrim”, o sea los grupos paramilitares que posteriores a la “supuesta” desmovilización²³, y Mauricio García, director del centro de investigación y educación popular (CINEP), quien afirma que ésta genera dudas sobre su efectividad en temas como el compromiso del estado en la realización de los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, y la devolución de las tierras que se encuentran actualmente destinadas a proyectos agroindustriales²⁴.

Precisamente el artículo 20 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional menciona que La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 (la comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad, de guerra y recientemente, agresión) *a menos que*, el proceso en el otro tribunal obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

²³ Entrevista ofrecida por Gustavo Gallón para noticias caracol. 25 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.coljuristas.org/prensa/multimedia.html>. Última visita 12 de junio de 2011. 10: 07 am.

²⁴ Ley de víctimas no cumple con el derecho de las mismas: CINEP. El universal. Publicado el 12 Junio 2011 - 9:47 a.m.

Razón que hace pensar en la posibilidad real de una investigación por parte de ese organismo frente a la evidente simulación de justicia que con la normatividad mencionada se genera en el país frente a violaciones de no tan despreciable relevancia.

Las siguientes páginas estarán dedicadas a desmenuzar cada uno de los elementos claves para el análisis del complejo escenario que ofrece la situación colombiana, traídos del *corpus iuris*²⁵ de los derechos humanos, tanto en el sistema regional como del universal, dirigido hacia los caminos de la intervención por parte de la Corte Penal Internacional.

²⁵ Ver glosario, concepto N° 4.

1. ANTECEDENTES

El objetivo de éste primer apartado temático es la determinación de la orientación de la jurisprudencia internacional anterior al Tribunal Penal permanente aprobado por el Estatuto de Roma, sobre la validez material de las leyes nacionales que contravienen las normas imperativas de derecho internacional general o *ius cogens*, hoy contenidas en tratados y principios generales del derecho internacional, en cuanto al respeto y protección de los derechos humanos, para lo cual accederemos al estudio de los pronunciamientos que en su momento emitieron importantes organismos internacionales de distinta naturaleza, pero con el rasgo común de ser tribunales internacionales que de una u otra forma hicieron una labor de cimentación y consolidación del panorama teórico-jurídico que en la actualidad recoge esta materia. Como se había anunciado se tomarán inicialmente como referencias, el Tribunal Militar Internacional que funcionó en la ciudad de Nuremberg en Alemania para el juzgamiento de la cúpula del conglomerado humano que propició el régimen nazi, que originó y perdió la segunda guerra mundial, el Tribunal Penal Internacional para los territorios de la antigua República Federal de Yugoslavia, y el Tribunal Penal Internacional para el país africano de Ruanda estatuidos por el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas en vista de la gravedad de las violaciones cometidas bajo las condiciones de sus conflictos internos, tal y como se consigna a continuación.

1.1 JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES AD HOC²⁶

1.1.1 Tribunal de Nuremberg

El 6 de Octubre de 1945 sería aprobado mediante el acuerdo que pasó a la historia como “La Carta de Roma” el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Fue instituido por las naciones vencedoras de la segunda guerra mundial con el fin de juzgar los crímenes cometidos por el régimen Nacional socialista a la cabeza de Hitler. Por primera vez en el mundo se pensó en una institución que asignara responsabilidad penal a individuos por la ejecución de conductas consideradas como odiosas para toda la humanidad, cuyo estatuto las tipificó como CRÍMENES CONTRA LA PAZ, DE GUERRA y CONTRA LA HUMANIDAD.

Interesan para éste estudio los juicios seguidos contra 16 personas entre abogados y jueces que establecieron el aparataje jurídico nazi, hoy conocido como “El Juicio a los Jueces”. Fueron acusados y encontrados culpables de conspiración criminal, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, entre los que se destaca la aplicación de las leyes de higiene racial y las leyes y decretos contra la población judía, por ejemplo someter por orden judicial a los enfermos a esterilización médica o condenar a prisión y a pena de muerte a judíos que tuvieron relaciones sexuales -probadas o no- con alemanes y

²⁶ Ver glosario, concepto N° 22.

condenar mediante orden judicial a miles de personas a confinamiento en los campos de concentración.

A pesar de que muchos de éstos delitos ni siquiera existían como infracciones penales en ese entonces, y las normas por las que hicieron ese juicio cumplían con todos los requisitos de validez formal ante el sistema jurídico alemán, el Tribunal fundamentó ésta decisión en un argumento racionalista propio de los teóricos liberales modernos que consistió en la exaltación del ser humano y del reconocimiento de los derechos que a pesar de no constar en ningún texto escrito rigen las acciones políticas y jurídicas de todas las personas y naciones según se dijo, por lo tanto determinaron que ninguna norma ni decisión judicial puede menoscabar la condición de ningún ser humano porque entonces estaría violando esas normas superiores a pesar de estar en consonancia con la normatividad positiva vigente.

1.1.2 Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia

Este tribunal, con sede en La Haya, fue creado en 1993 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar a los presuntos responsables de crímenes graves cometidos en el territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determine una vez restaurada la paz. Los cuatro tipos de crímenes que el Tribunal puede perseguir son los siguientes: a) las violaciones

graves de los Convenios de Ginebra de 1949, b) la violación de las leyes o usos de la guerra, c) el genocidio y d) los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad. La resolución del Consejo que lo creó se basó en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, que le confiere a dicho órgano prerrogativas especiales para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El Consejo interpretó que las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario, incluyendo asesinatos masivos y prácticas de “limpieza étnica”, constituían una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

El artículo 10(2) del estatuto de este tribunal con respecto a la Cosa Juzgada establece que una persona que haya sido juzgada por el tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el tribunal si el acto por el cual se sometió a juicio fue considerado delito ordinario o la vista de la causa no se tramitó con la diligencia necesaria, cerrando la posibilidad de que los perpetradores se cobijaran en la benignidad de las normas nacionales para evadir la acción penal del tribunal.

Éste tribunal va más allá, decide que unas infracciones graves a los derechos humanos no pueden quedar en la impunidad y utilizó normas de los conflictos internacionales para aplicarlos al conflicto interno a pesar de la alegación en contra de tal analogía, como sucedió en el caso del General Dusko Tadić,

determinando que ese órgano es competente para juzgar las supuestas infracciones que figuran en el acta de acusación, si se han cometido durante un conflicto tanto interno como internacional.

1.1.3 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

A raíz de las matanzas que causaron la muerte a casi medio millón de ruandeses en abril y mayo de 1994, el Consejo de Seguridad creó este Tribunal. El Estatuto del Tribunal para Ruanda es esencialmente igual al de la ex Yugoslavia y, al igual que éste, es competente para juzgar el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Ahora bien, el Consejo de Seguridad tuvo en cuenta que los crímenes cometidos en Ruanda se llevaron a cabo en el marco de un conflicto exclusivamente interno, de modo que, en lugar de referirse a “las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y a las leyes y costumbres de la guerra”, se refirió a las “violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II”, ya que ambos contemplan los conflictos armados internos. Su competencia se aplica a los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 tanto en Ruanda como en el territorio de los Estados vecinos.

El artículo 9 (2) del estatuto de este tribunal establece la misma fórmula del 10 de Yugoslavia donde se dice respectivamente que quien quiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves

violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional para Ruanda, excepto si el hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común, o la jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente, la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella tenía como fin sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional²⁷, o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente, también procurando evitar el uso normas inadecuadas a los estándares internacionales para el beneficio de los criminales. Esto fue particularmente importante en Ruanda donde la ideología genocida que tenía como legítimos los asesinatos contra la población Tutsi a manos de los Hutu hacía que éstos fueran tenidos como homicidios corrientes que en el mejor de los casos eran judicializados, Así quedó plasmado en el caso 96-15-1 en la decisión del Trial Chamber de 18 de Junio de 1997 párrafo 32²⁸.

²⁷ Ver glosario, concepto N° 20.

²⁸ Decision (Trial Chamber) Case num. ICTR 96-15-1, de 18 de Junio de 1997. Párrafo 32.

1.2 JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES PERMANENTES DE DERECHOS HUMANOS

1.2.1 Tribunal europeo de Derechos Humanos.²⁹

Antes de entrar a la jurisprudencia de éste Tribunal, es interesante mencionar que en España, país perteneciente a la unión europea gracias a la consagración en su sistema jurídico de la figura de la “Jurisdicción Universal” se viene dando un importante proceso de decantación jurisprudencial sobre la inaplicabilidad de las leyes de amnistía frente a violaciones de derechos humanos, permitiendo el juzgamiento de criminales de otras nacionalidades en donde dichos delitos permanecían en la impunidad, como sucedió con el dictador chileno Augusto Pinochet y el militar argentino Adolfo Scilingo. Incluso hoy la discusión que está planteada sobre las leyes de amnistía españolas para violaciones ocurridas durante el período del franquismo, que también han sido cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, tiene en expectativa a la opinión mundial.

Para ilustrar la jurisprudencia del tribunal europeo de Derechos Humanos se utilizará el caso Kolk y Kislyiy V. Estonia donde hizo las siguientes consideraciones: “... *Los demandantes alegaron que su condena por crímenes contra la humanidad se basó en la aplicación retroactiva del derecho penal. Los*

²⁹ Ver glosario, concepto N° 23.

actos que cometieron en 1949 no eran crímenes contra la humanidad a la luz del derecho internacional vigente en ese momento. Los demandantes se apoyaron en el artículo 7 de la Convención, que dispone:

"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2 El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas."³⁰

Los demandantes arguyeron que los actos por los que habían sido condenados habían ocurrido en 1949 en el territorio de la RSS de Estonia. En el momento de autos, era de aplicación en el territorio estonio el Código Criminal de 1946 de la RFSS de Rusia. Éste no incluía los crímenes contra la humanidad. La

³⁰ Apunta el Dr. Jorge Pallares que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia de la Haya, atribuye el carácter de fuente principal de Derecho Internacional, a los "Principios Generales del Derecho, reconocidos por las naciones civilizadas". Y añade que la expresión, había sido incluida en dicho estatuto, con el objeto de solucionar los casos en que ni los tratados ni la costumbre eran eficaces; Sin embargo, no hay en líneas generales, acuerdo acerca de la expresión, ya que para algunos autores se trata de principios generales de Derecho Internacional, mientras que para otros se trata de principios generales de derecho interno. Pallares, Bossa. J. 1996. Derecho Internacional Público. Primera edición. Bogotá. Edit. Leyer. Pág. 20.

responsabilidad penal por crímenes contra la humanidad no se estableció en Estonia hasta el 9 de noviembre de 1994, cuando operó una modificación al Código Criminal que vino dada por el artículo 61-1. De conformidad con el artículo 23 de la Constitución de Estonia y el artículo 2 § 1 del Código Penal, nadie puede ser condenado por una acción que no constituya delito conforme al derecho vigente en el momento de su comisión.

Los demandantes defendieron que la deportación de familias desde la isla Saaremaa en 1949 no había sido llevada a cabo "antes o durante la guerra" y que este acto no era un acto comprendido en la competencia del Tribunal de Nuremberg. Tampoco la deportación se había llevado a cabo en ejecución de, o en relación con, cualquiera de los crímenes contra la paz o cualquier crimen de guerra. Por consiguiente, los tribunales internos habían estimado erróneamente que los actos de los demandantes eran crímenes contra la humanidad. La deportación de población estaba basada en actos de la Unión Soviética con valor legal. Los demandantes no tenían la posibilidad de prever que 60 años después sus actos iban a ser considerados crímenes contra la humanidad.

El Tribunal apunta, en primer lugar, que Estonia perdió su independencia como consecuencia del Tratado de No Agresión concluido el 23 de agosto de 1939 entre Alemania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (conocido también como el "Pacto de Molotov-Ribbentrop"), y los protocolos secretos

adicionales al mismo. Tras un ultimátum para el establecimiento de bases militares soviéticas en Estonia en 1939, tuvo lugar una entrada a gran escala del ejército soviético en Estonia en junio de 1940. El Gobierno legítimo del país fue derrocado y el gobierno soviético se impuso por la fuerza. El régimen comunista totalitario de la Unión Soviética llevó a cabo acciones sistemáticas y a gran escala contra la población estonia, incluyendo, por ejemplo, la deportación de unas 10.000 personas el 14 de junio de 1941, y de más de 20.000 el 25 de marzo de 1949.

Después de la ocupación alemana de 1941-44, Estonia siguió bajo ocupación de la Unión Soviética hasta la recuperación de su independencia en 1991. Por consiguiente, Estonia, en cuanto Estado, no pudo temporalmente cumplir con sus compromisos internacionales. No accedió a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad hasta el 21 de octubre de 1991; las modificaciones pertinentes al Código Criminal, incluido el artículo 61-1, entraron en vigor el 9 de diciembre de 1994.

El Tribunal señala que la deportación de población civil estaba expresamente reconocida como crimen contra la humanidad por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945 (artículo 6 c)). Si bien el Tribunal de Nuremberg se estableció para enjuiciar a los principales criminales de guerra de los Países Europeos del Eje, por los crímenes que habían cometido antes y durante la

Segunda Guerra Mundial, el Tribunal destaca que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad se vio posteriormente confirmada por, inter alia, la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (11 de diciembre de 1946) y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional. Como consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, el Tribunal desea enfatizar que el artículo I b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido e independientemente de si han sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Tras acceder a la Convención antedicha, la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios.

El Tribunal reitera, que el artículo 7 § 2 del Convenio dispone expresamente que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad respecto de los crímenes contra la humanidad, para los que la regla de que no estaban sujetos a limitación de tiempo fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (ver Papon v. France (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, y Touvier v. France, no.

29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161).

Además, el Tribunal recuerda que la interpretación y aplicación del derecho interno recaen, en principio, bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales (ver Papon, citado más arriba, y Touvier, citado más arriba, p. 162). Esto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno hace una remisión a reglas del derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El papel del Tribunal se ciñe a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con el Convenio (ver, mutatis mutandis, Waite and Kennedy v. Germany [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I).

El Tribunal estima que incluso si los actos cometidos por los demandantes podrían haber sido vistos como legales bajo el derecho soviético en vigor entonces, los tribunales estonios sí han concluido en cambio que ya constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión a la luz del derecho internacional. El Tribunal no ve motivo para llegar a una conclusión diferente. En este contexto, hay que mencionar que la Unión Soviética era parte del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, mediante el cual se promulgó el Estatuto de Nuremberg. Además, el 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto. Como la Unión Soviética era un Estado miembro de las Naciones Unidas, no puede

alegarse que las autoridades soviéticas desconocían estos principios. Por lo tanto, el Tribunal considera infundadas las alegaciones de los demandantes en el sentido de que sus actos no constituían crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión y de que no se podía esperar de ellos razonablemente que supieran tal cosa.

*Además, tal y como el Tribunal ha expresado más arriba, los crímenes contra la humanidad no están sujetos a limitación temporal alguna, sea cual fuere la fecha de su comisión. **Estonia accedió a la Convención el 21 de octubre de 1991. Este Tribunal no halla motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que hacen los tribunales estonios del derecho interno a la luz del derecho internacional relevante.** [Este Tribunal] se muestra conforme con el hecho de que la condena de los demandantes y la pena que les ha sido impuesta tienen su base jurídica en el artículo 61-1 § 1 del Código Criminal. Por consiguiente, las cuestiones objeto de demanda no son irrespetuosas con el artículo 7 del Convenio...»³¹*

³¹ Texto completo de la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia: Imprescritibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva. Equipo Nizkor. 17 ene 06.

1.2.2 Corte interamericana de Derechos Humanos.³²

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos realmente ha sorprendido al mundo por el alcance de su compromiso con hacer cumplir a los estados bajo su jurisdicción las obligaciones de adecuar sus legislaciones internas en relación con el mandato del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Deber de adoptar disposiciones de derecho interno...”³³). Tres sentencias de la Corte que corresponden a los casos “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs Chile, “Masacre de Mapiripán” Vs Colombia, y Barrios Altos contra el Estado Peruano; sumadas al pronunciamiento de la Comisión Interamericana plasmado en el informe anual (1992 – 1993) N° 28/92 “Sobre las Leyes de “Punto Final y Obediencia Debida” en Argentina”, han sido escogidos para dar cuenta de la orientación del sistema en ésta materia, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A manera de Contexto, Chile es un país profundamente creyente, abarcando a 7.853.428 personas, el 69.9% de toda la población, la religión católica es el

³² Ver glosario, concepto N° 5.

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos 22 de Noviembre de 1969. San José de Costa Rica. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

credo más extendido en esa sociedad³⁴. Pese a que desde el año 1925 se acordó la separación del Estado y la Iglesia Católica, ésta última en la actualidad mantiene gran influencia en todo el espectro decisorio de ésta nación, constituyéndose así en una fuerza política y de presión bastante significativa incluso para su sistema jurídico. El 29 de Noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica chileno rechazó la exhibición de una película titulada “La Última Tentación de Cristo” aduciendo que atentaba con la honra de Jesucristo. Después de la interposición de varios recursos administrativos y judiciales, ciudadanos de ese país se encontraron con una decisión de la Corte Suprema de Justicia confirmando la censura de la película, censura que ya se había ratificado en otras instancias; La alta Corte basó su decisión en la interpretación **de una norma constitucional y su reglamentación legal**; frente a lo cual los ciudadanos deciden interponer denuncia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde la Comisión después del procedimiento respectivo, en su informe de fondo N° 69/98 encontró vulneradas las libertades de pensamiento, expresión, conciencia y religión, todos con relación a la violación del artículo 2 de la Convención por lo que decide remitir el caso ante la Corte.

Además de desarrollar el contenido del derecho a las libertades de pensamiento y expresión consagrados en el artículo 13 de la convención, donde efectivamente la Corte Interamericana encontró responsabilidad del

³⁴ Resultado arrojado por Censo Realizado en el año 2002 por la Comisión Nacional del VII Censo de Población y VI de Vivienda en Chile. La estadística no incluye a los menores de 15 años edad.

Estado chileno por la violación de los mencionados derechos, entra éste tribunal a considerar en la sentencia el incumplimiento del artículo 1.1 y 2 sobre la obligación de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno. Comienza recordando que es un **deber general** convencional de los estados la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías³⁵, señaló que el derecho de gentes que es una norma consuetudinaria, prescribe que **un estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas**, agrega que **ésta norma es universalmente aceptada con respaldo jurisprudencial**³⁶.

Por último añade que la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno,

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última Tentación de Cristo”. (Olmedo Bustos y otros) Vs Chile. Sentencia de 5 de Febrero de 2001. Pág. 35. Párrafo 85. Aquí la corte hace una cita del Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. No. 68, párr. 137.

³⁶ *Ibíd.* Párrafo 87. En éste caso se cita el caso “principe allant de soi”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, de la C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20; y Caso Durand y Ugarte, supra nota 20, párr. 136.

tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. Llega a la conclusión de que Chile al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento jurídico incumplió con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma.

Colombia es una nación que sufre cada día de su existencia los vejámenes del conflicto armado interno, desde la sentencia 19 comerciantes de Julio de 2004³⁷ quedó acreditado ante la opinión internacional los nexos de los miembros de la fuerza pública con grupos paramilitares y las atrocidades que pueden llegar a cometer³⁸. El 15 de Julio de 1997 se produjo en un remoto pueblo de los llanos orientales llamado Mapiripán una masacre contra la población civil considerada como de las más repudiables en toda la historia de violaciones a los derechos humanos en el estado colombiano, y fue perpetrada por paramilitares³⁹ en connivencia con militares, algunos de alto rango.

El caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se encontró todo el mérito para asignar responsabilidad internacional al Estado por acciones y graves omisiones de sus agentes. Ya en la Corte, hacia

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de Julio de 2004.

³⁸ Este breve contexto está íntimamente relacionado con el capítulo -LA "SITUACIÓN" COLOMBIANA"-.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Acápite de hechos probados. Párrafo. 96.34 y ss.

donde trascendió el caso, al momento de determinar quiénes eran las víctimas, se observa que al momento de efectuar dicho reconocimiento el Estado aceptó expresamente que a pesar de ser aún indeterminado, fueron aproximadamente 49 víctimas ejecutadas o desaparecidas, mientras que en su escrito de alegatos finales pretendió limitar el número de víctimas a sólo 12 personas,⁴⁰ a lo que la Corte enérgicamente respondió que no era aceptable la pretensión del Estado de limitar las víctimas del caso a las personas identificadas “en los pronunciamientos penales y disciplinarios en firme” y “a quienes prueben de conformidad con el derecho interno la condición de tales” aduciendo que...*De conformidad con el principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda), el estado no puede válidamente oponer razones de derecho interno para dejar de atender la responsabilidad internacional ya reconocida ante éste tribunal*⁴¹. Dejando así por sentado que las otras víctimas que aparecían individualizadas, y su carácter había sido demostrado dentro del proceso, debían ser tenidas como tales en el ordenamiento nacional con todas las consecuencias que ello implicó en ese momento.

⁴⁰ *Ibíd.* Párr. 133.

⁴¹ Subrayados y negrillas fuera del texto. *Ibíd.* Párr. 133. La corte en éste párrafo a su vez cita varias jurisprudencias, entre ellas unas propias como el Caso de los Hermanos Gómez paquiyauri, y otras del Tribunal Internacional de Justicia como el “Case of the free zones of Upper Savoy and the District of gex”.

Durante el gobierno de Alberto Fujimori se vivió un período de crisis institucionales y afrentas contra los derechos humanos de la nación peruana. La ley N° 26479 de “amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos, y la N° 26492 para precisar la interpretación y alcances de la anterior, promulgadas en el año 1995, que presuntamente pretendían la reconciliación nacional, fueron aprobadas con la intención de otorgar perdón al personal de la fuerza pública y civiles que se encontraran inmersos en investigaciones, procesos o condenas en aquella época, que tuvieran relación con la acción antisubversiva del gobierno, además de otros asuntos que aparentemente nada tenían que ver con los propósitos de una transición hacia la paz como fue el indulto de delitos como el tráfico ilícito de drogas.

El 3 de noviembre de 1991 en un populoso vecindario de la ciudad de Lima, llamado “Barrios Altos”, seis individuos fuertemente armados pertenecientes al ejército peruano, que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “grupo colina” dispararon indiscriminadamente contra personas que departían en un edificio produciendo la muerte de quince de ellas y graves heridas en otras cuatro⁴², cuya matanza fue presentada a la opinión pública del país por un congresista como un operativo de inteligencia contra subversivos que se reunían en el inmueble bajo la apariencia de vendedores ambulantes⁴³. Solo se inició investigación sobre los hechos en abril del 95 cuando una fiscal provincial

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Barrios Altos” Vs Perú. Sentencia de 14 de Marzo de 2001. Pag. 2. Párr 2.

⁴³ *Ibíd.* Párr. 2 (e).

penal de Lima denunció a cinco oficiales del ejército como los responsables, iniciándose un torpedeado procedimiento formal ante una juez de la república del cual la justicia militar reclamaba su competencia, cuando entonces fue aprobada la Ley 26479 según la cuál quedarían exonerados los militares de cualquier responsabilidad ante la justicia peruana, quedando así frustrados los posteriores intentos de prosecución con la judicialización pese haberse advertido la inconstitucionalidad de la mencionada ley⁴⁴.

Llevado el caso ante el sistema, la Comisión indicó al Estado su responsabilidad por los hechos ocurridos en Barrios Altos e hizo tres recomendaciones tendientes a que lo sucedido no quedara en la impunidad, y frente a la negativa de Perú a responder conforme a sus obligaciones convencionales se llevó el caso ante la Corte, donde el Estado peruano, que venía experimentando cambios en su ambiente político, en una etapa avanzada del proceso decide reconocer su responsabilidad internacional en el caso y manifestó su interés en darle una solución amistosa.

⁴⁴ *Ibíd.* Párr. 2 (k). “...el 16 de junio de 1995 la Juez Antonia Saquicuray decidió que el artículo 1 de la Ley Nº 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra los cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú. Horas después de emitida dicha decisión, la Fiscal de la Nación, Blanca Nélica Colán, en una conferencia de prensa, afirmó que la decisión de la Juez Saquicuray constituía un error; que se cerraba el caso Barrios Altos; que la Ley de Amnistía tenía estatuto de ley constitucional; y que los Fiscales y Jueces que no obedecen la ley pueden ser procesados por prevaricato...”

Al estudiar los efectos jurídicos del allanamiento efectuado por el Estado, la corte encontró que Con toda razón era responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492, también por el incumplimiento de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente. Y con relación a la naturaleza de la leyes en cuestión, la Corte se manifestó de una manera Vigorosa diciendo lo siguiente: ***“Esta Corte considera 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.***

(...)

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del

derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía 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.⁴⁵

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 15 y 16. Párrs. 41-44.

Permitiendo con éste pronunciamiento el juzgamiento de los responsables y dejando a su vez un precedente muy importante.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte, si bien no es un órgano judicial, y por lo tanto no emite pronunciamientos jurisprudenciales propiamente dichos, indudablemente tiene una fuerte incidencia en los que sí se emiten en la Corte. Se tiene el antecedente del pronunciamiento contenido en el informe anual (1992 – 1993) Nº 28/92 “Sobre las Leyes de “Punto Final y Obediencia Debida” en Argentina, donde la comisión se abrogó la competencia para asumir la petición instaurada en virtud de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre porque Argentina para el tiempo en que sucedieron los hechos no había ratificado la convención, así que la labor quedó toda en cabeza de la comisión porque la Corte no podía conocer demandas por ese concepto porque ella sí carecía de competencia. Con respecto de las normas, la Comisión entonces concluyó que eran incompatibles con el artículo XVIII de la Declaración que corresponde al derecho a la justicia que por su parte están recogidos en la convención en los artículos 1, 8 y 25 analizados en su conjunto y Recomendó al Gobierno argentino la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar.

1.3 ANÁLISIS DE ÉSTA JURISPRUDENCIA

Para la comunidad internacional hay valores muy importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados, de ahí que no se admita en el caso del Derecho internacional imperativo el argumento de la validez del derecho interno para sustraerse a la aplicación de las normas, argumento que hace que el *ius cogens* no pueda ser derogado salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en conjunto.

No sin antes mencionar que en el Tribunal Militar Internacional se edificaron las bases del reconocimiento de individuo como sujeto del derecho internacional para efectos de requerir la responsabilidad penal internacional, también sea decir que ahí se evidenció que las obligaciones *erga omnes* de los Estados incorporan valores esenciales para la comunidad internacional, por lo que no es relevante únicamente el tamaño o amplitud del grupo de sujetos internacionales frente al que se asume el compromiso en cuestión, sino el contenido material de dicho compromiso, y como consecuencia de ello la determinación de no tener en cuenta la normatividad jurídica producida en Alemania para cobijar con halo de legalidad las atrocidades cometidas por los nazis muy a pesar de que concordaba perfectamente con las exigencias formales del sistema jurídico de ese país en aquel entonces, lo que dejó un gran precedente para la jurisprudencia mundial en el tema de la invalidación de normas contraventoras del sistema de protección a los derechos humanos. Los tribunales de

Yugoslavia y Ruanda vinieron ya con el mandato impreso en sus documentos constitutivos de hacer caso omiso a leyes nacionales que trataran a las graves violaciones contra los derechos humanos como infracciones menores, aún en detrimento del principio de cosa juzgada y favorabilidad del derecho penal de esos países, lo que permitió a su jurisprudencia mantener la línea de lucha contra la impunidad y respeto por los derechos humanos cimentada por la comunidad internacional.

Con la controversial demanda de August Kolk y Petr Kislyiy, dos personajes que habían participado en 1949 en la deportación de la población civil de la ocupada República de Estonia a lejanas zonas de la Unión Soviética, contra el Estado de Estonia, donde alegaban que las condenas impuestas a ellos por delitos de lesa humanidad eran ilegales porque no estaban consagrados así en las leyes de ese país al momento de ocurrencia de los hechos, donde el tribunal europeo de Derechos Humanos ratificó la característica de imprescriptibilidad de éstos delitos y lo más importante para este caso, reconoció que era improcedente tener en cuenta las normas internas de la época que no lo consagraban así aunque dieran un trato más benéfico a los demandantes porque se estaría desconociendo entonces la naturaleza de las infracciones y la responsabilidad internacional derivada de ellas. Criterio que consolidó posteriormente la Corte Interamericana en la decisión sobre el caso “Almonacid Arellano Vs Chile” en el que, haciendo expresa alusión a ésta jurisprudencia del Tribunal europeo sostuvo que existen ciertos crímenes de suprema gravedad, respecto de los cuales dicha rama del derecho establece

obligaciones imperativas de investigación, persecución, juzgamiento y eventual sanción; que tales crímenes no prescriben ni pueden ser objeto de amnistías u otras medidas legales que impidan que se cumplan tales obligaciones; que los Estados no pueden invocar normas de derecho interno para excepcionarse de esas obligaciones y que existe una obligación internacional para los Estados de cooperar entre sí con el fin de asegurar el cumplimiento de ellas.⁴⁶

La Corte Interamericana de Derechos humanos, especialmente en los tres casos aludidos ha hecho honor de su título de guardiana de la Convención Americana dejando claro que los tratados son para cumplirse, y el deber de los estados de adecuar sus legislaciones es una obligación que dicho instrumento le impone a los países bajo su autoridad, dejando así de lado cualquier posibilidad de validación de normas internas que impliquen la vulneración de los derechos humanos protegidos por la Convención y el peligro de que sirvan de excusa para la extracción de la responsabilidad internacional por las violaciones a dichos derechos y frente a las víctimas.

Especial consideración merecen los pronunciamientos del sistema donde el eje primordial de disertación han sido las leyes nacionales de autoamnistías,

⁴⁶ Zalaquett, J. El Caso Almonacid : La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad. Chile. (En línea). Disponible en:

http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/V_Zalaquett.doc. Consultado el 14 de junio de 2010. 9:50 pm.

porque la Comisión y la Corte en sus pronunciamientos, sin ambages han dicho que éstas para lo único que sirven en los países que se adoptan es para conducir a las víctimas a la indefensión y perpetuar la impunidad, haciendo incurrir a dichos Estados en flagrantes violaciones a los derechos del acceso de los ciudadanos a la justicia y a un recurso efectivo, todos en relación con el deber de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la convención, así como el de adoptar toda clase de medidas tendientes a eso, los cuales constituyen nada menos que los pilares fundamentales de la responsabilidad de los Estados ante nuestro sistema de protección a los derechos humanos.

1.4 Conclusiones de capítulo: En general se puede decir que tanto los tribunales ad hoc como los regionales de derechos humanos de carácter permanente, confluyen en la idea de que no hay norma interna que se pueda oponer por un lado a la supremacía de los principios costumbres internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y la necesidad del cumplimiento del principio de "*pacta sunt servanda*"; y por otro, al normal desarrollo de la investigación, juzgamiento y sanción de delitos que afectan gravemente bienes jurídicos superiores como la paz y la seguridad internacional.

2. LA “SITUACIÓN” COLOMBIANA

2.1 ¿Qué es una situación?

El Estatuto de Roma determina el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional hacia la asunción de situaciones, y casos dentro de éstas⁴⁷, aunque en ninguna parte del tratado aparece definido éste concepto, sea decir que además de algunos elementos en los tipos penales que dejan verlo así, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se entiende esto como un contexto de violaciones masivas o generalizadas, que correspondan a un plan o política organizada proveniente de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, que si bien en la mayoría de casos es el Estado, no necesariamente a éste se refieren.

Cuando se habla de masivas o generalizadas, se refiere a que debe existir un número plural considerable de víctimas,⁴⁸ que los criterios de la sana crítica ayudarán a discernir, puesto que no existe una cantidad exacta determinada en ningún texto normativo internacional que permita afirmar a partir de dónde se habla de tal generalización. Por plan o política organizada se hace referencia a la sistematicidad con que son perpetradas las violaciones, de tal manera que se permita inferir que son sucesos relacionados entre sí e ideados con un fin

⁴⁷ Estatuto de Roma Arts. 13 (a) y (b), 15.5 y 6, 18.1 y 19.3

⁴⁸ La doctrina sólo habla de “plural”, pero se agrega “considerable” ya que el término “plural” literalmente denota 2 ó más.

determinado. Por lo general detrás de todo éste accionar siempre hay un andamiaje o maquinaria que corresponde a un aparato organizado de poder o a formas similares de accionar colectivo al servicio de la comisión de transgresiones a los derechos humanos, fenómeno conceptualizado por la doctrina internacional como la “macrocriminalidad”⁴⁹.

2.2 Caso Colombia.

2.2.1 Algunas reflexiones históricas

“El Derecho sólo es funcional dentro de un orden político y en la medida que ese orden lo haga viable, además, nunca puede ir en contra del orden en cuanto a equilibrio de fuerzas de los sujetos que la ejercen...”⁵⁰

La sociedad civil colombiana ha manifestado de múltiples formas y aún lo sigue haciendo, que quiere la paz para Colombia, o sea, que la “Guerra Civil” que nuestro país soporta desde 1946 cese.

⁴⁹ Ver glosario, concepto N° 17.

⁵⁰ Mercado, D. 1998. La paz en Colombia, marco histórico, Político y jurídico. Revista Jurídica. N° 12: 81-113. Pág. 84.

Obsérvese que la paz hace referencia, en el deseo de la sociedad civil, a una no-guerra; empero la paz es un concepto de estructura semántica tan abierta que se usa también para aludir a una armonía interna de cada persona con ella misma, a una armonía de cada persona con sus semejantes y desde las decisiones del Concilio Vaticano II, también hace referencia a un desarrollo económico que valore a cada persona en cuanto tal y que ésta no se vea ignorada o anulada por inflexibles leyes de la economía, redistribuyendo el ingreso de modo equitativo.

Al ser el hombre un ser social, necesariamente la paz debe darse dentro de un entorno social, porque ni el concepto de armonía interna de cada persona consigo misma puede predicarse de una persona aislada sino que desarrolle su vivir dentro de su sociedad; la condición humana sólo se desarrolla frente a los demás seres humanos, nunca como algo que dimana de la pura solitariedad.

Ahora bien, toda sociedad humana es primariamente un orden político, por lo cual el concepto de paz como ausencia de guerra subordina a los demás que se tienen o se llegaren a tener, en efecto, una sociedad en guerra todo lo subordina a ese hecho, porque lo que está en juego es su existencia misma.⁵¹

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 81.

En los capítulos siguientes, y parte del presente, teniendo en cuenta los elementos antes aportados, se dedicará la disertación teórica al problema jurídico que dio origen a la inquietud sobre la admisibilidad de los mencionados procesos de justicia y paz ante la jurisdicción penal internacional, que incluirá a su vez el desarrollo de los fundamentos que harían posible llegar a plausibles conclusiones sobre la forma como en derecho se debería abordar el caso colombiano en la Corte Penal Internacional teniendo en cuenta la persistencia y magnitud de las violaciones, sumado a la revisión de la normatividad internacional que para estos casos rige, la cual, como se podrá apreciar en “el carácter de los delitos cometidos por los paramilitares”, en su mayoría tiene el carácter de obligatoria para todos los estados.

Pero definitivamente para hablar de esos aspectos jurídicos viciados que pretenden beneficiarse de las bondades de la justicia transicional, es necesario hablar de las características del conflicto y del fenómeno paramilitar en Colombia, así como las intenciones políticas detrás del actual proceso de paz con los altos mandos reflejadas en la 975, de tal forma que permita adquirir una comprensión integral de las reales condiciones que sustentan su existencia y condicionan su aplicabilidad.

El origen del paramilitarismo es claro y sobre ello existe consenso tanto desde el punto de vista académico como periodístico. Recordémoslo brevemente: el primer antecedente se sitúa en la conformación del grupo Muerte a Secuestradores (MAS) en 1981 por Pablo Escobar y los hermanos Ochoa;

posteriormente, Gonzalo Rodríguez Gacha y Escobar promueven las “Autodefensas del Magdalena Medio”.⁵²

En ese momento el ejército colombiano facilitó el ingreso al país de ex oficiales del ejército israelí, como Yair Klein, con el propósito de entrenar al primer “grupo de autodefensa”, aunque las cabezas visibles del paramilitarismo durante los ochentas fueron Fidel Castaño y Henry de Jesús Pérez. Ese fue el núcleo del paramilitarismo que desató el terror, primero en el Magdalena Medio, después en el Urabá antioqueño y finalmente en el resto del país. El éxito que tuvieron en el Magdalena Medio, al conseguir expulsar a la guerrilla de una zona que se había convertido en uno de sus principales bastiones, y consolidar su posición a través de ACDEGAM, demostró que la guerrilla podía derrotarse y fue un estímulo para que la alianza buscara replicar la misma experiencia en otras zonas del país⁵³.

⁵² El comienzo: los años del MAS y las Autodefensas del Magdalena Medio (1981-1991). Verdad Abierta. (En línea) disponible en: http://www.verdadabierta.com/index.php?option=com_content&view=article&id=343. Consultado el 25 de noviembre de 2010. 3:00 pm.

⁵³ Narcotraficantes o Paramilitares: los Colombianos Quieren la Verdad. 2006 Colombia Hoy. Colombia. (En línea) Disponible en: <http://blog.colombiahoy.org/2006/08/22/narcotraficantes-o-paramilitares-los-colombianos-quieren-la-verdad/print.aspx>. Consultado el 25 de Noviembre 2010. 3:00 pm.

El fenómeno paramilitar se multiplicó rápidamente. En 1988 César Gaviria, como Ministro de Gobierno de Virgilio Barco, denunció la existencia en el país de más de 163 grupos paramilitares a lo largo y ancho del país. Durante la década del ochenta los paramilitares fueron responsables de decenas de masacres. Esos primeros grupos paramilitares sirvieron como ejércitos privados de la “clase emergente” del momento, que no era otra que los narcotraficantes convertidos en terratenientes y gamonales locales. Sus enemigos eran los grupos guerrilleros (FARC, Eln, Epl y M-19), en cuanto ellos buscaban beneficiarse de las rentas de los nuevos terratenientes a través de la extorsión y el secuestro. Las Fuerzas Militares de Colombia en ese momento continuaban absolutamente influidas por los principios y prácticas de la Doctrina de Seguridad Nacional y su enemigo era el mismo enemigo de los narcotraficantes-terratenedores⁵⁴.

También hay que recordar que para ese momento el país todavía estaba inmerso en el juego global de la Guerra Fría. Pero fue en el nivel local que se produjo, en principio, la identidad de intereses —la alianza estratégica— entre las fuerzas militares y los nacientes grupos paramilitares. Existía, además, una base legal⁵⁵ que le había permitido a las fuerzas militares patrocinar la formación de esos “grupos de autodefensa”.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Existe todo un compendio normativo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante peritajes de expertos, que demuestran que los orígenes paramilitarismo en Colombia gozaron de plena legalidad. Comprendido éste por el Decreto legislativo 3398 “por el cual se organiza la

Obsérvese que Los orígenes del paramilitarismo están unidos a las estrategias de lucha contra la insurgencia en el marco del impulso de los principios y fundamentos de la Doctrina de la Seguridad Nacional y los Conflictos de Baja Intensidad. El Estado, a través de sus Fuerzas Militares y conjuntamente con sectores sociales, económicos y políticos regionales, fueron promotores y agentes dinamizadores de su formación. Se dio como un proceso de privatización de ejercicio de la fuerza, la ley y la justicia por sectores afines a los propósitos y razones de Estado ante la incapacidad del mismo de operar en contextos regionales en el marco de los parámetros institucionales existentes, el fenómeno paramilitar se dio como una práctica del Terrorismo de Estado, y bajo ese entendido nunca podrá equipararse con un delito político, que en esencia busca cambiar el régimen vigente por considerarlo injusto, basándose en la defensa de principios y prácticas relativos a la orientación del Estado de manera opuesta a aquel.

Curiosamente una de las primeras medidas preparatorias de este proceso, que se ha presentado como de negociación política, fue la de modificar la Ley 418 de 1997 y suprimir en la Ley 782 de 2002 el requisito enunciado en muchos artículos de la anterior ley, según el cual, para entablar conversaciones y

defensa nacional” con vigencia transitoria, cuyo artículo 25 estipuló que “todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, pod[í]an ser utilizados por el gobierno en actividades y trabajos con los cuales contrubuy[eran] al restablecimiento de la normalidad”, que fue adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968; así como los Decretos 0180 de 27 de enero de 1988, 0815 de 19 de abril de 1989, 1194 de 8 de junio de 1989 y 2266 de 4 de Octubre de 1991. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. 5 de julio de 2004. Párrafo 117 y ss. Y Sentencia Caso Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. 15 de Septiembre de 2005. Párrafo 96.1 y ss.

diálogos con alguna organización armada, el gobierno debía reconocerle previamente “carácter político” (Ej.: art. 8, a., b., párrafo 1, párrafo 2; art. 11; art. 50; art. 51; art. 65, etc.)⁵⁶.

De tal forma, este “proceso de paz” como se le ha querido llamar desde el establecimiento no puede ser catalogado como tal. “Toda negociación política exige como requisito básico la existencia de dos posiciones antagónicas o al menos diferenciables”⁵⁷, pero lo cierto es que los paramilitares no solamente actúan bajo el auspicio de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado, sino que en ningún momento son una fuerza que pretenda cambiar al Estado en su esencia (mucho menos abolirlo), perturbar su funcionamiento permanente o transitoriamente y no existen diferencias entre los principios ideológicos que se pregonan desde el establecimiento acerca del Estado y los que defienden los grupos paramilitares.

Al no haber posiciones encontradas entre el Estado y los paramilitares no puede haber un conflicto entre estas dos fuerzas, hay por lo tanto una connivencia de la una con la otra y hablar de “acuerdos de paz” resulta por lo tanto fuera de

⁵⁶ Giraldo, J. 2005. Cinco falacias en el proceso con los paramilitares. Bogotá. (en línea) disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/CINCO-FALACIAS-EN-EL-PROCESO-CON>

⁵⁷ Ibid

toda lógica⁵⁸. De esta manera se evidencia el intento de ropaje jurídico que se empieza a configurar en favor de un proceso de paz entre dos actores que nunca han estado en conflicto.

Por otro lado, Las llamadas autodefensas tienen desde sus inicios un lazo indisoluble con las organizaciones de narcotraficantes. De ahí que autorizadas opiniones consideren que la desmovilización de algunos grupos paramilitares oculta el proceso de sometimiento a la justicia de un grupo de importantes narcotraficantes colombianos. Y que este proceso de sometimiento a la justicia es un nuevo intento por desmontar los carteles del narcotráfico en Colombia, cuyo antecedente inmediato se encuentra en la negociación llevada a cabo entre 1999 y 2002 por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y 114 narcotraficantes colombianos.

Quienes además sostienen que es posible que los narcotraficantes colombianos que se ampararon bajo el paraguas de las AUC hubieran llegado a la conclusión, en algún momento entre 1999 y el 2002, que les resultaba menos costoso y más beneficioso someterse a la justicia de Colombia que a la de los Estados Unidos. En Colombia podrían conseguir una rebaja sustancial

⁵⁸ Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Balance del proceso de desmovilización de los paramilitares en Colombia. Bogotá. Pag 2. (En Línea) disponible en : http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/balance_desmovilizacion.pdf

en sus condenas, conservarían un porcentaje mayor de sus fortunas y aumentarían su influencia política a nivel local y regional.

En efecto, los paramilitares en gran medida deben su origen a los carteles de la droga y su expansión al combate contra la guerrilla por el dominio de las regiones cocaleras. Desde 1996, este proceso se ha intensificado, incrementando los niveles de violencia y desplazamiento en las zonas de enfrentamiento. Para el año 2000, según informes del Ministerio de defensa, siete bloques de las AUC operaban en regiones de cultivos de coca y amapola⁵⁹. Naciones Unidas por su parte, calcula que la presencia paramilitar llega a 86 de los 162 municipios donde se cultiva coca, ubicando frentes en el Magdalena medio, Santa Marta, la región sur de Bolívar, el valle del Cauca, el norte de Antioquia, la región de Urabá, Nariño, el noroccidente del Putumayo, el suroccidente de Caquetá, Meta y Guaviare, regiones estas últimas, en disputa con los grupos guerrilleros⁶⁰.

En febrero de 2004, el embajador de Estados Unidos en Colombia, William, Word, afirmó que las AUC controlaban el 40% del tráfico ilegal de drogas en Colombia. Lo anterior se compadece con la solicitud en extradición de los Estados Unidos de cinco altos jefes de las autodefensas (Mancuso, Fidel

⁵⁹ Se hace referencia aquí al MINISTERIO de Defensa. El narcotráfico, una amenaza para la seguridad nacional, Bogotá: noviembre de 2000.

⁶⁰ Rodríguez, Gina. P. Elites, conflicto y narcotráfico en Colombia. Bogotá. Pág. 9

Castaño, Jorge 40, Ramiro Vanoy y Juan Carlos Sierra) y la introducción de doce paramilitares en la lista Tier II de narcotraficantes extranjeros. Como en el caso de las FARC, el nexo con el narcotráfico es evidente⁶¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y bajo el contexto de la progresiva penetración de las estructuras paramilitares en “todas las esferas de poder” estatales como en algún momento manifestó para la prensa el ex jefe de esa organización Salvatore Mancuso surge la Ley de justicia y paz 975 de 2005, como un mecanismo complementario al de la 782 de 2002, para la “desmovilización y reinserción a la vida civil” de los altos mandos del paramilitarismo con un pretendido estatus de insurgencia que se basa en la implementación de un proceso judicial sui generis, por medio del cual se conceden penas alternativas a favor de los desmovilizados, siempre y cuando concurren al trámite confesando la verdad sobre los crímenes cometidos, reconociendo su responsabilidad en cada uno de los hechos en los que hayan tenido participación durante su permanencia en el grupo armado ilegal y cumpliendo con las demás condiciones establecidas en los art 10 y 11 de la ley.

Transcurridos ya cinco años de la aplicación de la ley de justicia y paz, los resultados que prometía en materia de esclarecimiento histórico de los hechos, y satisfacción del principio del derecho a la verdad individual y colectiva, distan enormemente de lo alcanzado hasta el momento, entre otras circunstancias resulta más que evidente que un porcentaje muy mínimo de los paramilitares

⁶¹ Ibid. Pág. 2

se han sometido a la diligencia de versión libre⁶² que establece la Ley de Justicia y Paz; y que por fuera de ella, no existen ni procedimientos, ni voluntad de intervenir en las desmovilizaciones individuales y colectivas para avanzar en el conocimiento de la verdad. Esto es así ya que de los 35.288 paramilitares que se acogieron al proceso de desmovilización, un 92% de ellos se sometieron al marco normativo encabezado por la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003, normas que no prevén como requisito de desmovilización y acceso a beneficios, la revelación de la verdad⁶³.

La Ley de Justicia y Paz y sus decretos reglamentarios, no consagran mecanismos que permitan a las víctimas saber quiénes fueron responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, así como los motivos, los hechos y las circunstancias en que fueron ejecutados. Tampoco permite que la sociedad conozca los sucesos y razones por las cuales se perpetraron estos delitos, a fin de evitar que los mismos vuelvan a ocurrir en el futuro, como un deber de recordar. Así mismo, desconoce el derecho a la verdad, entendido como la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Esta normatividad no permite el establecimiento de la verdad como soporte necesario para la superación de la impunidad de los crímenes contra la humanidad y el genocidio y el efectivo

⁶² Ver glosario, concepto N° 25.

⁶³ International Federation for Human Rights. (FIDH). 2007. Colombia. La desmovilización Paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Pág. 25.

cumplimiento de los derechos a la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición.

En su versión original, la ley aprobada por el Congreso de la República, no exigía como condición obligatoria para hacerse acreedor de los beneficios, la confesión de los crímenes, ni el esclarecimiento de la verdad. De acuerdo con ello, esta última se limitaría a los relatos parciales que realizaran los desmovilizados en cada caso individual sin establecer conexidad con otros que permitiesen indagar sobre la perpetración masiva y sistemática de los crímenes, las responsabilidades principales, beneficiarios, patrocinadores y encubridores de los grupos, como mecanismos ciertos para garantizar la no repetición de los crímenes⁶⁴.

La sentencia de la Corte constitucional vendría a morigerar muchos de estos aspectos, pero evidentemente no renuncia a al reconocimiento de los problemas de fondo que acarrea la ley, como los que envuelven la asunción del estado de su responsabilidad en el fomento crímenes graves contra los derechos humanos reflejado en la insípida política de reparaciones que más bien tiende a parecer un mecanismo de socorro humanitario, sumado a las serias inconsistencias en cuanto a la política del principal elemento de reparación en este país eminentemente rural como lo son las tierras, llegando a convertirse el creciente desplazamiento forzado en una de las grandes inconsistencias del proceso.

⁶⁴ *Ibíd.* 26.

El desplazamiento forzado, que fue complementado por otras formas de intimidación, entre las que se destacan los asesinatos y desapariciones forzadas, las amenazas y los hostigamientos de población civil, que permitieron finiquitar compraventas simuladas de inmuebles o ventas tras el pago de precios irrisorios con titulación a favor de testaferros, entre otras prácticas fraudulentas, que les facilitó a los paramilitares acceder a una ocupación jurídicamente regular de predios rurales y urbanos. Sobre este punto, resulta ilustrativo el reportaje publicado por la Revista Cambio en su edición del 21 de Agosto de 2007, denominado: “Los cheques Chimbos de Mancuso”, en el que reveló que el jefe paramilitar amasó una fortuna estimada en más 1.000 millones de pesos, valiéndose para ello de múltiples medios ilícitos para titular predios a su favor, entre ellos el giro de cheques sin fondos. “Previa a la venta, en las familias siempre hubo un asesinato, una desaparición o múltiples amenazas. Durante los últimos 15 años esta fue una situación común a muchas familias que, a la hora de cobrar sus cheques firmados por Mancuso, descubrían que en las cuentas no había fondos para hacerlos efectivos.” Partiendo de esa circunstancia fáctica, puede afirmarse que el conjunto normativo que regula el actual proceso de desmovilización se constituyó en un instrumento que permitió la consolidación del dominio territorial alcanzado por la vía armada en manos del paramilitarismo y el consecuente poder económico que el mismo representa.

Al respecto, en el Artículo 13 de la Ley de Justicia y Paz interpretado por la Corte Constitucional, se reconoce a las víctimas el derecho a que los miembros

de los grupos armados al margen de la ley entreguen los bienes lícitos e ilícitos para sufragar con ellos o su producto, las acciones de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición que propendan por su reparación. El Decreto 3391 de 2006 puede ser entendido como un retroceso en dichos avances jurisprudenciales, al consagrar que en el marco de las versiones libres, los postulados indicarán prioritariamente la totalidad de los bienes de origen ilícito, los cuales deberán ser entregados para reparar a las víctimas⁶⁵.

2.3 El carácter de los delitos cometidos por los paramilitares

Los crímenes contra la humanidad. El derecho internacional, como se detallará a continuación, ha instituido claramente los crímenes contra la humanidad como cualesquiera de una serie de actos inhumanos, incluidos el homicidio intencional, el encarcelamiento, la tortura, la desaparición y la violencia sexual, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil, tanto en tiempos de guerra como de paz. Entre tales actos inhumanos se encuentran: el asesinato, el exterminio, la tortura, el sometimiento a esclavitud, la deportación, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, el encarcelamiento arbitrario, la desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos.

⁶⁵ *Ibíd.* Pag. 50.

Cuando este tipo de actos se cometen de manera sistemática o a gran escala, dejan de ser crímenes comunes para pasar a subsumirse en la categoría más grave de crímenes contra la humanidad. El Secretario General de las Naciones Unidas explicó que los crímenes contra la humanidad contemplados en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia se referían a "actos inhumanos de naturaleza muy grave... cometidos como parte de un ataque extendido o sistemático"⁶⁶. De igual modo, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, confiere jurisdicción al Tribunal de Ruanda sobre crímenes contra la humanidad "cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático".⁶⁷ La Comisión de Derecho Internacional entiende por "comisión en gran escala" que "los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye el acto inhumano aislado cometido por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima"⁶⁸. Se trata de dos requisitos alternativos, en consecuencia, un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos.

1. ⁶⁶ Informe del Secretario General de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808 (1993), U.N. Doc. S/25704, 3 mayo 1993, párr. 48 citado por el Equipo Nizkor el año 2007 en el documento titulado Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. . Madrid y Bruselas. (En línea) disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html>. Consultado el 21 de noviembre de 2010. 3:42 pm.

⁶⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, adoptado por el C.S. Res. 955, U.N. SCOR, 49º Período de Sesiones, 3453ª sesión p. 3, U.N. Doc. S/RES/955 (1994), 33 I.L.M. 1598, 1600 (1994) traído a colación por la op cit.

⁶⁸ Código de crímenes, pág. 102. Op cit.

En el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (que contiene las directrices para esta cuestión desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y que se tomó como base para formular el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), artículo 18, se exige también una **actuación "instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo"**. Esa instigación puede pues provenir de un gobierno o de una **organización o grupo**. La alternativa tiene por objeto, según la Comisión de Derecho Internacional, excluir el caso de que una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un gobierno, o de un grupo u organización.

Baste recordar que el Tribunal de Nuremberg declaró el carácter criminal de varias organizaciones creadas con el fin de cometer, entre otros, crímenes contra la humanidad. El Estatuto de Nuremberg y las sentencias reconocieron la posibilidad de una responsabilidad penal basada en la pertenencia de una persona a una organización criminal de esa índole.

Actos que constituyen crímenes contra la humanidad. Aunque los instrumentos legales posteriores a Nuremberg han profundizado en la definición de crímenes contra la humanidad, existe un acuerdo generalizado sobre los tipos de actos inhumanos que constituyen crímenes contra la humanidad, los cuales son esencialmente los mismos que se reconocían hace

casi ochenta años. A la luz del desarrollo actual del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad el genocidio, el apartheid y la esclavitud. Así mismo, han sido considerados crímenes contra la humanidad la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción a estado de servidumbre, los trabajos forzados, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario⁶⁹.

De este modo, el Artículo II, pár. 1 de la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, promulgada para hacer efectivos los términos de la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 y del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1975, define los crímenes contra la humanidad del siguiente modo: (c) *Crímenes contra la Humanidad*: atrocidades y ofensas incluyendo, pero no limitadas a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, o cualesquiera actos inhumanos cometidos contra una población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

⁶⁹ Código de crímenes, pág 100 y ss. Op. Cit.

(d) Pertenencia a las categorías de grupo u organización declarados criminales por el Tribunal Militar Internacional.

Más recientemente, los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), en sus artículos 5 y 3 respectivamente.

El exterminio es un crimen contra la humanidad, y por lo tanto punible bajo el Derecho Internacional. El exterminio es reconocido como crimen contra la humanidad en el artículo 6(c) del Estatuto de Nuremberg; artículo II(1) (c) de la Ley Núm. 10 del Consejo Aliado de Control, órgano supremo de los aliados en Alemania, ocupada después de la II G.M.; artículo 5(c) del Estatuto de Tokio y Principio IV(c) de los Principios de Nuremberg. Se incluyó también en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la Antigua Yugoslavia (artículo 5) y Ruanda (artículo 3), así como en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad [1954: artículo 2, párr. 11 y 1996: artículo 18(b)].

La práctica sistemática o generalizada del asesinato es un crimen contra la humanidad, conceptualizado además como tal por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El asesinato se reconoce como

crimen contra la humanidad desde la I Guerra Mundial, en la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia de 1915, y, por la Comisión de la Conferencia de Paz 1919. Desde entonces, el delito de asesinato ha sido contemplado como un crimen contra la humanidad en el Estatuto de Nuremberg, artículo 6(c), la Ley No. 10 del Consejo Aliado de Control, artículo II, párr. (c), el Estatuto del Tribunal para el Lejano Oriente, artículo 5(c); Principio VI c) de los Principios de Nuremberg; Estatuto del ICTY, artículo 5(a); Estatuto del ICTR, artículo 3(a), artículo 18 del proyecto de Código de Crímenes de 1996 y artículo 2, párr. 11 del proyecto de código de 1954.

Existen normas bien consolidadas a nivel nacional, regional e internacional que prohíben la privación arbitraria de la vida. El artículo 11 de la Constitución Política de la República de Colombia, de 1991, declara "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte." La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) consagra su artículo 4 al derecho a la vida, y dispone: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...". A nivel internacional, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; asimismo, el artículo 6, párr. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

La cuestión del asesinato en cuanto crimen contra la humanidad ya ha sido conceptualizada y fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"), en su sentencia de 26 de septiembre de 2006 recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, referido a la ejecución extrajudicial del Sr. Arellano, profesor de enseñanza básica, militante del Partido Comunista de Chile:

Sobre el asesinato como crimen contra la humanidad dice textualmente la Corte: 93. En esta sección la Corte analizará si el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano podría constituir o no un crimen de lesa humanidad. En este sentido, la Corte debe analizar si para el 17 de septiembre de 1973, fecha en que murió el señor Almonacid Arellano, el asesinato constituía un crimen de lesa humanidad, y en qué circunstancias.

[...]

99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.

100. La Corte Europea de Derechos Humanos también se pronunció en el mismo sentido en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia. En este caso los señores Kolk y Kislyiy cometieron crímenes de lesa humanidad en 1949 y fueron juzgados y sancionados por ellos en las cortes de Estonia en el año 2003. La Corte Europea indicó que aún cuando los actos cometidos por esas personas pudieron haber sido legales por la ley doméstica que imperaba en ese entonces, las cortes de Estonia consideraron que constituían crímenes de lesa humanidad bajo el derecho internacional al momento de su comisión, y que no encontraba motivo alguno para llegar a una conclusión diferente.

[...]

103. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados (supra párr. 82.3 a 82.7), desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile un dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura (supra párr. 82.5). De igual forma, la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en

los primeros meses de la dictadura. La ejecución del señor Almonacid Arellano precisamente se produjo en esa época.

104. En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad⁷⁰.

En el caso concreto de Colombia, esta calificación de asesinato y exterminio en cuanto crimen contra la humanidad reviste especial importancia, ya que el mayor porcentaje de los crímenes a manos de grupos paramilitares lo conforman este tipo de actos.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs 93 a 104. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/almonacid.html> (visitada por última vez el 16may07). Referido por la Op. Cit.

La desaparición forzosa o involuntaria perpetrada de forma generalizada o sistemática es un crimen contra la humanidad. El Comité Preparatorio para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional reconoció también que la desaparición forzosa de personas es un crimen contra la humanidad, y así se recogió en el artículo 7 (i) del Estatuto de Roma aprobado el 17 de julio de 1998. Asimismo, en el proyecto del Código de Crímenes se explica que por su crueldad y gravedad este tipo de conducta ha de ser incluida en tal código como crimen contra la humanidad.

La jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, establece de manera explícita el crimen de desaparición forzosa como crimen punible tanto bajo el Derecho Internacional consuetudinario como bajo el Derecho Internacional de los tratados o Derecho Internacional convencional.

La Corte IDH, en el *caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, sostuvo unánimemente que el Gobierno de Honduras era responsable de la desaparición involuntaria de Angel Mandredo Velásquez Rodríguez, y, como tal, había infringido el artículo 7 (derecho a la libertad personal) y 4 (derecho a la vida) de la Convención americana de derechos humanos. En su fallo, la Corte señaló: "149. En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas

personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente...."

150. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral.

La Corte Interamericana afirmó: "153. (...) La doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pags. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que 'es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad' (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como 'un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal (AG/RES.742, supra)".

La OEA reafirmó que "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen contra la humanidad", en su adopción de la

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor el 29 de marzo de 1996.⁷¹

En la sentencia de 8 de octubre de 1999 en el caso *The Kingdom of Spain -v- Augusto Pinochet Ugarte*, el Juez Bartle mantiene: "Desde mi punto de vista, la información relacionada con la alegación de conspiración, anterior al ocho de diciembre de 1988, puede ser tomada en consideración por el tribunal, puesto que la conspiración es un delito que no prescribe".

El 20 de diciembre de 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por consenso la "Convención internacional para la protección de todas las personas en contra de las desapariciones forzadas", cuyo art. 5 recoge lo ya acuñado en derecho internacional y es que: La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable⁷².

⁷¹ preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos7.htm> (Visitada por última vez el 16may07). Referido por la Op. Cit.

⁷² Disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm> (visitada por última vez el 16may07) referido por la Op. Cit.

La tortura se ha reconocido como una violación del Derecho Internacional consuetudinario desde hace aproximadamente un siglo. Ya la Comisión sobre Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Aplicación de Penas (*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*) reconoció la tortura como crimen contra la humanidad en el Informe de la Comisión de la Conferencia de Paz de 1919. Al término de la II Guerra Mundial el concepto de "crímenes contra la humanidad" fue ulteriormente desarrollado, concretamente en los juicios de Nuremberg. Si bien en la definición de crímenes contra la humanidad del Estatuto de los Tribunales Militares de Nuremberg y el Lejano Oriente no se hacía mención explícita a la tortura, se enjuició y condenó a los acusados por cometer tortura, que es un "acto inhumano" incluido en la definición de crímenes contra la humanidad.

La tortura fue reconocida por primera vez como crimen contra en la Ley 10 del Consejo de Control aliado, de 20 de diciembre de 1945, cuyo artículo II, 1 (c) dice literalmente: "1. Cada uno de los siguientes actos se reconoce como crimen: (c) Crímenes contra la Humanidad: Atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o

religiosos, atenten o no contra el derecho interno del país donde fueron perpetrados "⁷³.

Desde la II Guerra Mundial, las Naciones Unidas y otros mecanismos internacionales y regionales encargados de la protección y promoción de los derechos humanos han reconocido explícita y coherentemente el derecho a no ser torturado como un derecho fundamental y universal bajo el Derecho Internacional. En 1975, las Naciones Unidas, mediante Resolución 3452 de 9 de diciembre de 1975 promulgaron la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes". Esta Declaración se convertiría en 1984 en la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes", que entró en vigor el 26 de junio de 1987. La Convención desarrolla el artículo 5 de la Declaración Universal, por el que se prohíben la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y constituye una codificación más completa del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su artículo 1, pár. 1, define este acto prohibido del siguiente modo: "1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por

⁷³ Taylor, Telford, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council law No. 10*, Government Printing Office, Washington, DC, 1949. Aludido por la Op. Cit.

un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas."

El ámbito de aplicación de esta Convención se limita pues a los actos cometidos en el ejercicio de funciones públicas o con connivencia oficial. Sin embargo, el pár. 2 de su artículo 1 prevé que el término "tortura" puede ser de aplicación más amplia en virtud de otros instrumentos internacionales. Esto es importante en el contexto de los crímenes contra la humanidad cometidos no sólo por gobiernos sino por organizaciones o grupos. A los presentes fines, los actos de tortura quedan comprendidos si se cometen de manera sistemática o en escala masiva por cualquier gobierno, organización o grupo. En los artículos 4 a 16 se fija la obligación de los Estados Parte de perseguir las violaciones de la Convención que hayan sido cometidas por los nacionales del Estado en cuestión, en su territorio o bien contra sus nacionales. El artículo 4 establece "Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal". Y el artículo 5 (1): "Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: c) Cuando la víctima sea

nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado". El artículo 8 establece que la tortura es un delito extraditable.

El derecho sustantivo a no ser torturado ya estaba bien establecido en el derecho internacional consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Convención contra la tortura. Y como la tortura es cada vez más perseguida como crimen contra la humanidad por parte de los tribunales, como los de la ex Yugoslavia y Ruanda.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas incluyó la tortura como crimen contra la humanidad en los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia, artículo 5, y Ruanda, artículo 3⁷⁴. Éste último artículo establece: "El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: f) Tortura;". La Comisión de Derecho Internacional también ha incluido la tortura como crimen contra la humanidad en el artículo 18 de su Código de Crímenes: "Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por

⁷⁴ U.N. Doc. S/RES/955, Anexo, adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU el 8 de noviembre de 1994. Referido por la Op. Cit.

un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: c) Tortura;". Por último, el Estatuto de Roma por el que se aprueba el establecimiento de una Corte Penal Internacional también incorpora la tortura como crimen contra la humanidad en su artículo 7: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: f) Tortura;".

En un caso importante a estos efectos, sustanciado en Estados Unidos, *Filártiga v. Peña*, 630 F.2d 876 (1980), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (U.S. Court of Appeals for the Second Circuit)⁷⁵, al fallar en favor del demandante, condenando al general de Paraguay a pagar una indemnización de diez millones de dólares, la Corte de Circuito invocó el artículo 7 de la Convención contra la Tortura y sostuvo: "La tortura deliberadamente perpetrada al amparo de un cargo oficial viola normas universalmente aceptadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo indiferente a estos efectos la nacionalidad de las partes". Al tomar esta decisión, la Corte se fundó en que la tortura está prohibida por el derecho de gentes. Yendo más allá, la Corte señaló que "el Derecho Internacional confiere derechos fundamentales a todos los individuos frente a sus gobiernos". Pero además, la Corte de Apelaciones pidió el reconocimiento y la aplicación de las normas

⁷⁵ Sentencia comentada en 78 American Journal Int'l Law, 677, 198.4 Referido por la Op. Cit.

fundamentales de derechos humanos por parte de los tribunales nacionales: "En el siglo XX la comunidad internacional ha llegado a reconocer el peligro común basado en el flagrante desconocimiento de los derechos humanos básicos y, en particular, el derecho a no ser torturado. En la edad moderna, se combinan consideraciones de carácter práctico y humanitario para llevar a las naciones del mundo a reconocer que el respeto a los derechos humanos fundamentales redunda en su interés individual y colectivo. *Entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones, como hemos subrayado, está el derecho a no ser físicamente torturado.* De hecho, a los efectos de responsabilidad civil, la tortura se ha convertido -como lo eran antes el pirata y el tratante de esclavos- en un *hostis humanis generis*, es decir, en un enemigo del género humano".

En el caso *Siderman v. Argentina*, 965 F.2D 699 (9th Cir. 1992), el Noveno Circuito Federal dictaminó: "Si bien no todo el derecho consuetudinario internacional lleva aparejada la fuerza de una norma de *ius cogens*, la prohibición contra la tortura proveniente de instancias oficiales ha alcanzado este estatus". *Id.* At 717. Y continúa este tribunal: "Concluimos que *el derecho a no ser torturado por personas en el ejercicio de funciones públicas es un derecho fundamental y universal, un derecho meritorio de la más elevada condición bajo el Derecho Internacional, una norma de ius cogens* [37]. El aplicar latigazos, el recurso al tornillo en el pulgar, la presión del cinturón de castidad, y, en estos tiempos modernos más eficientes, la descarga de la picana eléctrica propia del ganado, son formas de tortura que el orden internacional no tolerará. Someter a una persona a tales horrores equivale a

cometer una de las violaciones más atroces contra la seguridad personal y la dignidad del ser humano. No cabe duda de que los estados practican la tortura oficialmente, pero todos los estados creen que *es malum en se*; todos los que practican la tortura lo niegan y ningún estado invoca un derecho soberano a torturar a sus propios ciudadanos".

Las sentencias de la Cámara de los Lores del Reino Unido relativas al proceso de extradición de Augusto Pinochet Ugarte, han reafirmado este carácter de *ius cogens* que tiene el crimen de tortura, así como la aplicación del principio de jurisdicción penal universal contemplado por la Convención contra la Tortura.

En el fallo "Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others de 24mar99, Lord Browne-Wilkinson hace constar que: "La república de Chile aceptó ante sus señorías los Lores que el derecho internacional por el cual se prohíbe la tortura tiene el carácter de *ius cogens* o norma perentoria, es decir, una de esas reglas del derecho internacional que tiene un estatus particular.

En el caso Furundzija (supra) at para. 153 [*International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991 (Trial Chamber), Prosecutor v. Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998*, el Tribunal dijo: 'Debido a la importancia de los valores que protege,

[la prohibición de tortura] ha devenido una norma perentoria de *ius cogens*, esto es, una norma que disfruta de un rango más elevado en la jerarquía internacional que el derecho de los tratados e incluso que las reglas consuetudinarias 'ordinarias'. La consecuencia más notable de este rango más elevado es que el principio en cuestión no puede ser derogado por los estados a través de tratados internacionales o costumbres locales o especiales o incluso reglas consuetudinarias generales que no estén revestidas de la misma fuerza normativa.... Sin lugar a dudas, la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición contra la tortura articula la noción de que la prohibición se ha convertido en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional. Es más, esta prohibición ha sido diseñada para producir un efecto disuasorio en el sentido de que señala a todos los miembros de la comunidad internacional y a los individuos sobre los que se ejerce el poder que la prohibición de tortura es un valor absoluto del que nadie ha de desviarse".

En 1986, el Relator Especial de las Naciones Unidas, P. Kooijmans, en su informe a la Comisión de Derechos Humanos adoptó una opinión similar (E/CN.4/1986/15, p. 1, para 3). Que la prohibición de la tortura se ha convertido en una norma de *ius cogens* ha sido sostenido, entre otros, por los tribunales de los Estados Unidos en *Siderman de Blake v. República Argentina*, 965 F. 2d 699 (9th Cir. 1992) Cert. Denied, *Republic of Argentina v. De Blake*, 507 U.S. 1017,123L. Ed. 2d 444, 113 S. Ct. 1812 (1993); *Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F. 2d 929, 949 (D.C. Cir. 1988); *Xuncax et*

al. v. Gramajo, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995); Cabiri v. Assasie-Gyimah, 921 F. Supp. 1189, 1196 (S.D.N.Y. 1996); e In re Estate of Ferdinand E. Marcos, 978 F. 2d 493 (9th Cir. 1992) Cert. Denied, Marcos Manto v. Thajane, 508 U.S. 972, 125L. Ed. 2d 661, 113 S. Ct. 2960 (1993)].

Además de constituir una violación del Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, la tortura viola también la Constitución Política de la República de Colombia. El artículo 12 de la misma declara lo siguiente: "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

La persecución por motivos políticos, raciales o religiosos es un crimen contra la humanidad y, por lo tanto punible bajo el Derecho Internacional.

Este tipo de crimen contra la humanidad se reconoce como tal en el artículo 6(c) del Estatuto de Nuremberg; en el artículo II (1)(c) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado; en el Principio VI de los Principios de Nuremberg; en el artículo 2(11) del proyecto de Código de Delitos de 1954, en el artículo 5(h) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y en el artículo 3(h) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; en el artículo 18 (e) del proyecto de Código de Crímenes de 1996 y, por último, en el artículo 7(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Observando que el término "persecución" ha adquirido un sentido universalmente aceptado, el eminente profesor tratadista M. Cherif Bassiouni propone la siguiente definición: "La Política o Acción del estado conducente a someter a un individuo a hostigamiento, tormento, opresión, o medidas discriminatorias diseñadas para o con la probabilidad de, producir sufrimiento físico o mental, o daño económico, por motivo de las creencias, opiniones o pertenencia de la víctima a un determinado grupo identificable (religioso, social, étnico, lingüístico, etc.), o simplemente porque el perpetrador buscara singularizar una determinada categoría de víctimas por motivos peculiares del perpetrador"⁷⁶.

El encarcelamiento arbitrario está también reconocido como crimen contra la humanidad. Este reconocimiento se efectuó por primera vez en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado: "1. Cada uno de los siguientes actos se reconoce como crimen: (c) Crímenes contra la Humanidad: Atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados a, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, atenten o no contra el derecho interno del país donde fueron perpetrados"⁷⁷.

⁷⁶ Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, p. 317 (1992). Aludido por la Op. Cit.

⁷⁷ Taylor, Telford, *Final report to the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council law No. 10. Referido por la obra citada.*

Ha sido reconocido también como un crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 3(e), y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 5(e). Igualmente se recoge en el artículo 7(e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Además de su inclusión como crimen contra la humanidad en los instrumentos anteriores, el derecho a no ser detenido sin mediar juicio previo justo y rápido, de conformidad con las normas internacionales del debido proceso, es también un derecho humano fundamental reconocido por la Declaración Universal, artículos 9 y 10, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los artículos 6, 9, 14 y 15 de éste último establecen expresamente tanto el derecho a no ser detenido arbitrariamente, como las normas mínimas del debido proceso para el arresto, detención y enjuiciamiento de los individuos. Las normas mínimas del debido proceso requeridas para la protección contra las detenciones arbitrarias han sido elaboradas por las Naciones Unidas en los siguientes instrumentos: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; Convención contra la Tortura, artículos 7 y 15; Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados y las Directrices sobre la Función de los Fiscales.

La Comisión de Derecho Internacional mantiene que el término "encarcelamiento" comprende toda violación de la libertad de la persona y el término "arbitrario" establece el requisito de que esa privación sea sin el debido procedimiento legal. Este acto inhumano incluye, según la citada Comisión, los casos de encarcelamiento arbitrario sistemático o en gran escala, como en campos de concentración o detención, u otras formas de privación de libertad de larga duración⁷⁸.

El Genocidio. El genocidio es un crimen contra la humanidad, y por lo tanto punible bajo el Derecho Internacional. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg reconoció en el apartado (c) de su artículo 6 dos categorías distintas de crímenes de lesa humanidad. La primera es la relativa a los actos inhumanos, la segunda a la persecución, definiendo esta segunda categoría de crímenes contra la humanidad como "la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen". El Tribunal de Nuremberg condenó a algunos de los acusados de crímenes contra la humanidad sobre la base de este tipo de conducta y, de esa forma, confirmó el principio de la responsabilidad y el castigo individuales de tales conductas como crímenes de Derecho Internacional⁷⁹.

⁷⁸ Código de Crímenes, p. 108. Aludido por la Op. Cit.

⁷⁹ Nazi Conspiracy and Aggression. Opinion and Judgment, pp. 84, 129-131 y 144-146. Referido por la Op. Cit.

Los crímenes de lesa humanidad codificados en tratados y otros instrumentos de ámbito internacional.

Los crímenes de lesa humanidad reconocidos en el derecho internacional incluyen la práctica sistemática o generalizada del asesinato, la tortura, la desaparición forzada, la deportación y el desplazamiento forzoso, la detención arbitraria y la persecución por motivos políticos u otros. Cada uno de estos crímenes de lesa humanidad ha sido reconocido como crímenes comprendidos en el derecho internacional por convenios y otros instrumentos internacionales, ya sea de forma expresa o dentro de la categoría de otros actos inhumanos. Entre estos instrumentos figuran: el Artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) (asesinato, deportación y otros actos inhumanos de persecución), la Ley Núm. 10 del Consejo del Control Aliado (1946) (asesinato, deportación, encarcelamiento, tortura y otros actos inhumanos y de persecución), el Artículo 6 (c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (Tribunal de Tokio) (1946) (asesinato, deportación y otros actos inhumanos y de persecución), el Artículo 2 (10) del Proyecto de Código en Materia de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1954) (asesinato, deportación y persecución), el Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (1993) (asesinato, deportación, encarcelamiento, persecuciones y otros actos inhumanos), el Artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (1994) (asesinato, deportación, encarcelamiento, persecución y otros actos inhumanos), el Artículo 18 del Proyecto de Código en Materia de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996) (asesinato, tortura,

persecución, encarcelamiento arbitrario, deportación o desplazamiento forzoso de poblaciones con carácter arbitrario, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos) y el Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) (asesinato, deportación o desplazamiento forzoso de poblaciones, desaparición forzada de personas, encarcelamiento u otra grave privación de la libertad física que viole los principios fundamentales del derecho internacional, tortura, persecución, desaparición forzada de personas y otros actos inhumanos). Más recientemente, la "Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas", recoge este acto en su artículo 5 como crimen contra la humanidad.

➤ **Los crímenes de lesa humanidad como parte del derecho consuetudinario.**

Estos crímenes, además, son reconocidos como crímenes de lesa humanidad por el derecho consuetudinario internacional (Artículo VI (c) de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el Fallo del Tribunal, Comisión de Derecho Internacional (1950), Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, Clarendon Press, 4a ed., 1991, p. 562). el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe al Consejo de Seguridad relativo al establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que tiene jurisdicción sobre los crímenes

de lesa humanidad, "la aplicación del principio *nulum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones" (Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Documento de la ONU S/25704, 3 de mayo de 1993, párrafo 34). También manifestó que "El derecho internacional humanitario convencional que fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario" incluye la Carta de Nuremberg (ibid., párrafo 35).

➤ **Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia son crímenes contra la humanidad.**

La forma de actuación del Estado colombiano en lo que se conoce como "lucha contrainsurgente" fue adoptada hace más de cuarenta años. En la doctrina militar utilizada se incluyó la creación de grupos civiles de autodefensa o grupos paramilitares agrarios o grupos paramilitares complementarios a las operaciones militares. Todos estos tipos de operaciones militares y, obviamente, estatales, son contrarios al derecho internacional humanitario, al derecho penal internacional y al derecho internacional de los derechos humanos. En estas operaciones militares encubiertas e ilegales se adoptaron

técnicas de control de la población civil utilizadas en el Este de Europa en la denominada "Operación Barbarrosa", que supuso la actuación de grupos paramilitares y militares de exterminio como forma de ocupación del territorio. Estas operaciones fueron desarrolladas de manera similar, y utilizando la misma doctrina, por las fuerzas francesas de ocupación durante la guerra de Indochina (Vietnam); fueron incluidas posteriormente en algunos de los manuales de operaciones militares en el ejército estadounidense⁸⁰.

Estos grupos, por tanto, tienen una finalidad específica que es el control del territorio mediante técnicas primordialmente de exterminio de población, asesinatos selectivos, saqueos y apropiación de bienes, desplazamiento forzoso, asesinatos rituales y/o asesinatos antropológicos que induzcan a la destrucción de grupos étnicos y de poblaciones indígenas. Son sin duda alguna actos comprendidos en la figura de crímenes contra la humanidad. Dicho en otros términos, el *means rea* y el *actus reus* de estos grupos, de los mandos militares que los dirigen directa o indirectamente, de los parlamentarios de cualquier tipo que los utilizan, de las autoridades locales y de los servicios de inteligencia de cualquier tipo, es la comisión de crímenes contra la humanidad que, dada la complejidad de tipo delictivo y la de la suma de delitos necesarios para la comisión de todos los actos criminales, conlleva necesariamente la

⁸⁰ Equipo Nizkor. 2007. Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. Madrid y Bruselas. (En línea) disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.htm>. Consultado el 21 de noviembre de 2010.

participación de funcionarios de todo tipo, tanto civiles como públicos, así como de la colaboración de organizaciones criminales en el sentido definido en la Convención de Palermo sobre crimen organizado transnacional y en el estatuto de la Ley RICO ("*Racketeer Influenced And Corrupt Organizations Act*") en los Estados Unidos.

Un claro ejemplo del "modus operandi" y del origen de dichos grupos los hechos probados de la sentencia del Caso de la masacre de Mapiripán que, como tal, tiene a los efectos probatorios el máximo nivel para su utilización en, y por parte de, la justicia colombiana⁸¹.

2.4 Estructuración de la competencia de la CPI.

La clave de la estructuración de la competencia de la CPI en Colombia en razón del contexto de violaciones empieza por la **persistencia del conflicto armado**, porque en estricto derecho, por graves y generalizadas que hayan sido las violaciones en el pasado, el principio de no retroactividad⁸² de la Corte

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² significa que la CPI sólo enjuiciará a los autores de los crímenes cometidos después del 1° de julio de 2002, fecha en la que entra en vigor el Estatuto de Roma; sin embargo, si un Estado se hizo parte de éste, después de su entrada en vigor, la Corte únicamente tendrá competencia para conocer de casos ocurridos con posterioridad a su adhesión al Estatuto. (en el caso de Colombia empieza a partir del 1° de Noviembre de 2002).- Art. 11 del Estatuto de Roma.-Memorias Seminario- Taller. "CORTE A LA IMPUNIDAD". Colombia en la mira de la corte penal internacional. (2006. Santa fe de Bogotá) 2006. Nociones Sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá Colombia. Pág. 34

anula cualquier posibilidad de remontar a lejanos hechos su capacidad de acción. Se hará referencia entonces, a la actual situación colombiana, teniendo en cuenta algunos elementos: una evaluación de la efectividad del proceso de paz, un acercamiento a la realidad de la situación de las víctimas, una valoración de la aplicación de la justicia para las violaciones.

La ley de Justicia y Paz, a pesar de ser reformada, otros graves inconvenientes se han presentado como el incumplimiento de cese de actividades por los grupos paramilitares a partir de diciembre de 2002, presentándose una serie de violaciones como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y masacres, que indican la imposibilidad del desmantelamiento de sus estructuras delictivas y financieras.

Es así que estas violaciones cometidas no constituyen otro tipo de violencia, ya que como lo indica la Comisión Colombiana de Juristas en el Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005, estas estructuras armadas siguen victimizando a los mismos sectores poblacionales, atentando en muchos casos de forma selectiva, como por ejemplo contra líderes y lideresas en razón a su rol social y comunitario de defensa de los derechos, intimidando y menoscabando la capacidad organizativa de las víctimas. También se puede decir que no se trata de otra forma de violencia, al evidenciar que siguieron cometiendo graves violaciones bajo los mismos patrones fácticos.

Los siguientes cuadros muestran algunos grupos paramilitares que continúan operando, con nuevas denominaciones:

Departamento	Grupos que operan por Departamento	Número de efectivos Identificados por Departamento	Municipios
Córdoba	Los traquetos	211	Montería, Tierralta, Monte Libano. Puerto Libertador
Nariño	- Organización Nueva Generación - Mano Negra o Águilas Negras	700	Leyva, Policarpo, Taminango El rosario, Cumbitara, Mercaderes, Tumaco, Barbaocoas
Antioquia	- Águilas Negras - Autodefensas Universidad de Antioquia	225	Medellín, Amagá, Angelópolis, Venecia

Valle	- Machos y rastros - Autodefensas Unidas del Valle (Auv) - Rondas Campesinas Populares - Frente social común por la Paz - Grupo Autodefensas Urbanos (Grau)	550	Buenaventura, Tuluá El dovio, El águila, Anserma Nuevo, Jamundí.
Chocó	- Autodefensas campesinas Unidas del Norte del Valle (Acun)	300	San José del Palmar, Itzmina, Medio San Juan, Medio y bajo Baudó, Condoto, Tado, Unión Panamericana, Novitá
Casanare	- Centauros	345	Paz de Ariporo, Hato Corozal, Nunchía, San Luis de Palenque, Orocué
Risaralda	- Grupo Cordillera	15	Pereira y Dos quebradas
Norte de Santander	- Águilas Negras o Águilas Azules	750	Cúcuta, Puerto Santander, El zulia, El Tarra, Ocaña, Tibú, Sardinata
Vichada	- Águilas Negras	700	Cumaribo, Santa Rosalía, La Primavera

Atlántico	- Sicarios de Barranquilla	375	Barranquilla
Cauca	- Organización Nueva Generación - Bloque Central Cauca	600	Balboa, El Bordo, Santander de Quilichao, Puerto Tejada, Popayán, Florencia
Putumayo	- Macheteros y Rastrojos	720	Puerto Asís, La Horniga
Cesar	- Banda criminal del Cesar - Frente Resistencia Motilona	690	Valledupar, San Martín, jagua de ibincó
Magdalena	- Banda criminal Emergente	408	El Difícil
Meta	- Por Colombia presente - Frente Vichada (Bcb) - Autodefensas Campesinas de Meta y Vichada	619	Granada, Puerto Gaitán, Cumaribo
Tolima	- Los hombres de Azúl - Vencedores de San Jorge	130	Purificación
Guainía	- Coordinadora Colombiana de Autodefensas del Guainía	50	Puerto Inírida
Bogotá	- Bloque Central Santander - Bloque Guaviare	750	Altos de Cazucá
Arauca	- Las águilas	50	Tame

83

⁸³ International Federation for Human Rights. (FIDH). 2007. Colombia. La desmovilización Paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Pág 105-106.

Lo anterior demuestra las fallas en el proceso de negociación, ante lo cual el gobierno ha intentado negar la existencia de estos grupos llegando a denominar como “bandas criminales emergentes” a grupos como las Águilas Negras, Los Rastrojos, Los paisas, Nueva Generación, Ejército Revolucionario Popular Anticomunista de Colombia, Oficina de Envigado, Autodefensas Gaitanistas de Colombia, entre otros, que no son diferentes a los paramilitares que iniciaron el proceso bajo la ley 975.

Estas fallas según *Human Rights Watch* en el informe “*Herederos de los Paramilitares, la nueva cara de la violencia en Colombia*”, se debieron a dos problemas principales del proceso de desmovilización, que consistieron, primero en la falta de verificación por parte del gobierno de identificación de los desmovilizados, mostrándose fraudes en este proceso; y segundo, la no interrogación a estos grupos de las redes delictivas y bienes, llevando a que no se indagará en las fuentes de su poder, rutas, actividades, cómplices, etc.

Producto de un proceso con fraudes, de las personas que pidieron acogerse a la Ley de Justicia y Paz menos de la mitad iniciaron sus diligencias en versión libre, y solo cinco han terminado sus confesiones, como indica Human Rights Watch. De ahí que sólo en este año se lograra condenar a dos ex paramilitares con la sentencia de Mampuján, la primera en dictarse en Justicia y Paz, con lo

que se evidencia la lentitud de las investigaciones y la falta de eficacia de la Fiscalía.

Ante el no desarme, en ciudades como Medellín, y valga decir, tras la extradición de “Don Berna”, se incrementó la tasa de homicidios, llevando a esta ciudad a una situación parecida al 2002. En Bogotá se ha registrado actividades de estos grupos en Kennedy, Suba, Bosa, Usaquén, Ciudad Bolívar, igualmente entre otras ciudades en las que han proliferado estos grupos.

De esta suerte entre julio de 2002 y junio de 2008, se les ha atribuido a los paramilitares 430 violaciones al derecho a la integridad personal, 29 casos de violencia sexual, presuntamente 551 secuestros y 4720 violaciones al derecho a la vida, en algunos casos cometidos en masacres, información suministrada por la Comisión Colombiana de Juristas en el informe señalado.

Pero no solamente estos grupos no se desarticularon, sino que se han expandido, así lo indica la Corporación Nuevo Arco Iris al constatar que en el 2009 estas estructuras armadas realizaron alguna actividad en 46 municipios más de los 247 registrados en el 2008, teniendo una presencia total en 293 municipios. Así mismo la Comisión Colombiana de Juristas muestra el registro de ataques de estos grupos en lugares distintos en los que dos años antes de la primera ceremonia de desmovilización no se ubicaban, como en la alta

Guajira, norte de Antioquia, sur de Chocó, sur de Bolívar, sur del Cesar, entre otras zonas.

Además del no cese de hostilidades por los grupos paramilitares, de su expansión y de un proceso de desmovilización mal llevado que vulnera las garantías de no repetición de las víctimas, se debe agregar que la extradición del gobierno nacional a Estados Unidos por el delito de narcotráfico de varios paramilitares que estaban participando en la ley 975 de 2005, muchos de ellos jefes en las Autodefensas Unidas de Colombia, ha significado graves violaciones a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación⁸⁴.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU en un informe que se continuará citando (*Advance United Version CCPR/c/col/6. Comité de Derechos Humanos. 99º período de sesiones. Ginebra 12 a 30 de julio de 2010.*) expresa su profunda preocupación por la persistencia de graves violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura, violaciones sexuales y reclutamiento de niños en el conflicto armado y sigue, señalando que hay falta de investigaciones penales y lentitud en los avances de investigaciones existentes, ya que muchas de estas se quedan en etapas previas de investigación, contribuyendo así a la continuada impunidad

⁸⁴ González, M. Bárbara. Cinco años de la Ley de Justicia y Paz: el desalentador balance en verdad, justicia y reparación. Semanario Virtual Caja de herramientas N° 217.

para graves violaciones de los derechos humanos (Artículos 2, 3, 6, 7, 24 y 26- de la Convención Americana-).

2.5 Conclusiones de capítulo: El actual contexto de violaciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos en Colombia configura una “situación” de interés para el conocimiento de la Corte Penal Internacional, donde el asunto a determinar a pesar de la competencia temporal recortada por el principio de no retroactividad, está claramente relacionado, como lo son los asesinatos, torturas, desplazamientos forzados, etc, cometidos por miembros de grupos paramilitares por razones atinentes al conflicto armado interno no resuelto a pesar de estar en curso un aparente proceso de paz.

3. LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

“Ni la justicia, ni la verdad, ni la compensación económica tienen la virtud de reparar la pérdida, pero importan para un reconocimiento a las víctimas del dolor y sufrimiento padecido por sus familiares. Esta cualidad repercute en el proceso individual y colectivo de superación del pasado y en este sentido tiene un valor fundamental.”⁸⁵

3.1 Conceptos básicos y Características de la Justicia de Transición

El conjunto de procesos y mecanismos que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial, con distintos niveles de participación internacional o sin ella, y que pueden consistir en actuaciones de carácter penal, reparaciones, búsqueda de la verdad, reformas institucionales, destituciones, o de una combinación de ellas, asociados con los intentos de una sociedad de afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación⁸⁶ es un concepto bastante incluyente de lo que podría ser la justicia de transición.

- Sobre la reconciliación.

⁸⁵ Díaz, C. Comp. 2008. Reparaciones para las víctimas de la violencia política: Estudio de casos y análisis comparado. Bogotá. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Pág. 70.

⁸⁶ Hector Olásolo citando el “Report Secretary General transitional justice”, y a Gil. Gil, A. complementa y trae un concepto enriquecido de justicia de transición que va a ser de mucha utilidad. Olásolo. Alonso, H. Ensayos Sobre La Corte Penal Internacional. Bogotá. Edit.Dike. Colección internacional N° 9. 2009. Pág. 71.

La construcción teórica de la reconciliación está en proceso. Todavía suele utilizarse, incluso de manera indiscriminada, una enorme cantidad de conceptos que, por lo general, se comprenden con un sesgo proveniente del lugar social que se ocupaba en el período de violaciones de los derechos humanos, según se fuese víctima o victimario y según se apoyase políticamente uno u otro de los bandos en disputa. Los conceptos que se usan indiscriminadamente son muchos: justicia, impunidad, castigo, verdad, perdón, olvido, reparación, rehabilitación, reconstrucción, reinserción, restauración, víctima, victimario, etcétera. Los antiguos detentadores del poder en situación de derrota, de huida o de creciente deslegitimación, o los miembros de organizaciones armadas ilegales ejecutores de delitos atroces, suelen ser agudos propagandistas de la reconciliación, pero de procesos de reconciliación basados en el olvido y en una avalancha de “perdones jurídicos” rápidos, casi sumarios, para cuya demanda se argumenta, con frecuencia, que no es conveniente revolver en el pasado. Esto es entendible porque les interesa que sus abusos sean olvidados. Las víctimas, por su parte, suelen inclinarse por exigencias de aplicación de la justicia y la reparación. También las víctimas – por lo general acompañadas de otros sectores sociales democráticos u organismos defensores de los derechos humanos- exigen que la verdad sea conocida y que la impunidad no impere⁸⁷.

Para resolver estas tensiones se puede decir que por un lado que, no todas las amnistías son ilegales, de hecho, el artículo 6(5) del Protocolo II a las

⁸⁷ Herrera, J. Carlos; Torres, p. Silvana. Reconciliación y Justicia transicional: Opciones de Justicia, Verdad, Reparación y Perdón. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (colombia). (En línea) Disponible en: <http://www.cnrr.org.co/new/areas/reconciliacion/anexo/reconjus.pdf>. Pág. 5.

Convenciones de Ginebra de 1949 requiere de forma más específica que se hagan esfuerzos para garantizar “la más amplia amnistía 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**”, o sea, que el derecho internacional humanitario requiere amnistías para el delito de levantarse en armas contra el Estado y por violaciones comparables cometidas por las fuerzas contrainsurgentes⁸⁸. De lo que se extrae que los que no estén relacionados con el conflicto no tienen por qué ser perdonados. Pero de otro lado, hay una expresa prohibición en el sistema del derecho internacional de los derechos humanos a indultos o amnistías para los crímenes graves que van en contra de la humanidad como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Actualmente es ampliamente aceptado que la perspectiva de otorgar una amnistía general a cambio de que se ponga fin a un conflicto es simplemente inaceptable. Cuando la mayoría de gente se refiere a amnistías suelen aceptar que deben ser acompañadas de ciertos mecanismos de adjudicación de responsabilidad penal, en la medida en que tales mecanismos alternativos supongan un ejercicio significativo de jurisdicción penal en términos de aceptaciones de culpabilidad y los mecanismos de suspensión de penas, éstos no deben ser percibidos como amnistías. Estos mecanismos alternativos constituyen más bien un ejercicio de facultades discrecionales de aquellos a

⁸⁸ Reed. Hurtado, M. Comp. 2008. Judicialización de crímenes del sistema: Estudio de casos comparado. Bogotá. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Pág. 137.

cargo de la jurisdicción penal, pero si los mecanismos alternativos obvian completamente la intervención de los responsables del ejercicio de la jurisdicción penal, **su aplicación puede resultar en una amnistía de facto**. La principal preocupación de la CPI en tales situaciones no será establecer si se ha concedido una amnistía o no, sino más bien evaluar en qué medida las alternativas propuestas lograron cumplir con los objetivos del tratado. En todo caso, la CPI no tiene obligación alguna para con ese tipo de arreglos adoptados en jurisdicciones nacionales y siempre puede optar a favor de la investigación o del enjuiciamiento⁸⁹.

- Sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación

El derecho internacional de los derechos humanos, la Carta Política, la Corte Constitucional, las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, organizaciones defensoras de derechos humanos, entre otros, señalan que las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen garantías especiales, que se concretan en el derecho a la verdad, justicia y reparación. Así lo ha manifestado el Tribunal constitucional colombiano en la sentencia C-228 de 2002⁹⁰ : “...Tanto en el derecho internacional, como en el comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia – no

⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 138

⁹⁰ Este pronunciamiento consolidó la línea jurisprudencial que ya se venía gestando en las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001 y S-U-1184 de 2001.

restringida exclusivamente a una reparación económica – fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el establecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos que son: **(1) Derecho a la verdad, (2) Derecho a la justicia y (3) Derecho a la reparación integral.** Los cuales se desarrollan a continuación:

Aun cuando tradicionalmente la garantía de de estos tres derechos le interesa a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan solo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo – porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público – pero no se ha restablecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quien es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la reparación y a la justicia a través del proceso penal”.

Según el alto Tribunal constitucional: "...a esos derechos de las víctimas (verdad, justicia y reparación) corresponden ciertas obligaciones del Estado pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos. Por ello, la Corte Constitucional prohíja, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos."⁹¹

En este sentido, **(1) en primer lugar encontramos el derecho a la verdad.** Este derecho se caracteriza porque implica que la víctima, desde un plano individual, debe saber quiénes fueron los responsables, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, las motivaciones de los mismos, el destino de las personas, en los casos de desapariciones forzadas o asesinatos, y el estado de las desapariciones forzadas o asesinatos, y el estado de las investigaciones oficiales. Desde el plano colectivo el derecho a la verdad implica "que la sociedad en su conjunto conozca la verdad de lo ocurrido así como razones y circunstancias en las que los delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003.

futuro”. Esto último está relacionado con la segunda característica del derecho, la cual es el “deber de recordar”.

Según los principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Joinet de 1997⁹², las víctimas tienen, por un lado, derecho inalienable a la verdad, y, por el otro, el deber de recordar. Citando lo dicho en los Principios de Joinet:

Principio 1. El derecho inalienable a la verdad

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno de y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se respetara se repitan tales actos.

Principio 2. El deber de recordar

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Esas medidas tienen por

⁹² Joinet, L. (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

objeto preservar del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacioncitas.

Principio 3. El derecho de las víctimas a saber

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados tienen derecho 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.

Principio 4. Garantías para hacer efectivo el derecho de saber

Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas para hacer efectivo el derecho a saber. Cuando las instituciones judiciales no funcionan correctamente, se debe dar prioridad, en una primera fase, a las medidas encaminadas, por una parte, a la creación de comisiones extrajudiciales de investigaciones y, por otra, a la conservación y consulta de los archivos correspondientes.”

El deber de recordar, es el presupuesto básico de cualquier proceso transicional que pretenda respetar los derechos de las víctimas y garantizar que las graves violaciones de los derechos de las víctimas y garantizar que las graves violaciones de los derechos humanos no se repitan en el futuro. Sólo si

se conoce la verdad de las circunstancias en las que ocurrieron los crímenes atroces, habrá fundamentos suficientes para castigar a los responsables y reparar a las víctimas. Además, sólo así podrá la sociedad construir un relato histórico colectivo sobre lo sucedido, con miras a repudiar esas conductas atroces e implementar mecanismos que garanticen que no volverán a suceder.

En efecto el deber de recordar también se predica del Estado, pues este debe preservar la historia y hacer que se ajuste a los hechos como realmente sucedieron, por un lado, y al tiempo, la obligación de garantizar el ejercicio del tal derecho, es decir, que cuando se recuerde a las víctimas del conflicto, esto no se convierta en objeto de señalamiento y riesgo para la vida.

Se entiende que este derecho se ha respetado en el marco de un proceso de justicia transicional, cuando se exige a los responsables la confesión completa y detallada de los crímenes que ha cometido y la suerte de las víctimas, en los casos de desaparición forzada, además, cuando se realiza por parte del Estado una investigación exhaustiva del fondo de los hechos.

(2) En cuanto al derecho a la justicia, en virtud de los diferentes pronunciamientos de organismos internacionales de protección en materia de derechos humanos, se puede decir que éste contiene al menos cinco requisitos para ser cumplido:

I. El deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de derechos humanos

Es claro que los procesos de transición no pueden permitir que, bajo la excusa de la búsqueda de la paz, los estados obvien el deber de sancionar debidamente a quienes han cometido graves infracciones a los derechos humanos. En caso de que un Estado incorpore dentro de su legislación una medida administrativa o judicial que significa que responsables por graves violaciones a los derechos humanos van a dejar de ser sancionados por tales delitos, la misma se vuelve contraria a los instrumentos internacionales de protección y, por lo tanto, debe simplemente carecer de cualquier efectividad jurídica. Así lo determinó la Corte IDH en la sentencia dictada en el caso Barrios Altos.

II. El deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de derechos humanos.

Al respecto, se ha señalado que esta obligación no sólo es incumplida cuando el estado deja de investigar una grave violación a los derechos humanos, sino, también, cuando habiendo un proceso judicial abierto, el mismo no se reviste de toda la formalidad pertinente, no se dota de medios adecuados para buscar y valorar las pruebas, no se desarrolla con plena independencia e imparcialidad del investigador, y no tiene tiempos prudenciales que permitan en cada caso concreto recolectar, sistematizar y analizar todos los datos procesales para proponer conclusiones judiciales serias.

Este deber de investigar significa que el caso analizado no sólo puede pretender hallar a una parte de los autores, o sancionar parcialmente a estos, sino que debe estar atravesado por la verdad de la búsqueda histórica dentro de dicho caso, la cual incorpora (i) la sanción a los autores materiales, intelectuales, colaboradores y financiadores, (ii) el establecimiento del tiempo, modo y lugar del hecho cometido, y (iii) motivación del mismo.

III. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

En este punto, se entiende su cumplimiento cuando el Estado, además de cumplir con los deberes de investigación y sanción de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos, permite, mediante la adopción de mecanismo judiciales y administrativos, que las víctimas directas de dichos hechos y, en ciertos casos, la sociedad en general, puede exigir sus derechos de manera independiente al deber general del Estado de garantizarlos. Se ha dicho que, por lo menos, el Estado deberá:

“(1) Dar a conocer, a través de medios oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de lo derechos humanos y el derecho internacional humanitario; (2) Adoptar, en cualquier tipo de proceso que afecte a las víctimas, las medidas necesarias para que estas no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos; y (3) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes y puedan presentar las demandas de reparación que sean del caso. Este derecho implica, así mismo,

los deberes del Estado de adoptar medidas que permitan la presentación de las demandas de reparación que sean del caso. Este derecho implica, implica así mismo, los deberes del Estado de adoptar medidas que permitan la presentación de demandas tendentes al logro de de reparaciones colectivas y de acceder a los procedimientos internacionales sin perjuicio de los recursos nacionales”.

IV. El deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso

En este aspecto la principal características es que, si bien en todos los procesos judiciales por graves violaciones de derechos humanos los investigados tiene el derecho a que se le s respete la totalidad de las garantías procesales, en caso de que éstos hayan sido usados como herramienta para perpetuar la impunidad por los actos delictivos – ya sea por falta de sanción o sanciones irrisorias – no puede predicarse del fallo judicial cosa juzgada.

Lo anterior es tenido en cuenta por el Estatuto de Roma, del cual se ha señalado por la Corte Constitucional que:

“la cosa juzgada no operará cuando el proceso que se hubiere seguido en otro tribunal a) obedeciere al propósito de sustraer al responsable de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte; o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere

incompatible con la intención de someter a la personas a la acción de la justicia (artículo 2, párrafo 3)” (F2). Se quiere así que los crímenes más graves no queden en la impunidad”⁹³.

V. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables.

Por último, el quinto elemento del derecho a la justicia tiene que ver con el deber del Estado de imponer penas adecuadas a los responsables. En esta característica la idea principal es que el tribunal que conozca de la grave violación a los derechos humanos realice un juicio de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción impuesta teniendo en cuenta dos factores: el tiempo de la pena de manera abstracta y las condiciones de cumplimiento de la condena.

Lo anterior significa que no sólo es cumplido el deber de imponer penas adecuadas cuando un Estado sanciona, por ejemplo, con una alta cantidad de tiempo privativo de la libertad a los responsables, sino, además, cuando se garantiza que esa pena será realmente acatada.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 2002.

(3) El tercer derecho reconocido a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos ha sido el referido a la reparación integral. Sobre esta garantía los principios de Joinet han señalado que:

El “derecho a la reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación”. (Principio 36).

Para satisfacer lo anterior, desde el plano de lo individual, el derecho a la reparación implica los siguientes elementos: (i) restitución; (ii) indemnización; (iii) rehabilitación; (IV) satisfacción; y (V) garantías de no repetición. En su plano colectivo implica la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Las medidas de reparación deben ser tanto de carácter individual como de carácter colectivo. Es fundamental que existan ambas dimensiones, ya que cuando se reduce la reparación a una medida individual, ésta se convierte en un asunto de negociación, donde solamente se calcula en dinero la vida y el sufrimiento de una persona. La verdadera reparación debe ser cualificada, efectiva, suficiente, y existir una relación proporcional entre la gravedad del

crimen y de la pena que se aplica, sin contar con el deber de garantizar que existan condenas de carácter reparatorio tanto a nivel nacional como internacional.

Cuando únicamente se plantea una reparación individual, necesariamente se menoscaba el derecho a la reparación integral, como quiera que las víctimas sólo serán llamadas al proceso de juzgamiento de los responsables de los crímenes a negociar frente a sus victimarios el monto de una indemnización, sin reconocer las demás dimensiones del derecho a la reparación integral, configurándose una situación que podría calificarse como una nueva victimización. En cuanto a las garantías de no repetición, desde la perspectiva de las víctimas y en el caso colombiano, se debe garantizar como mínimo la desaparición del paramilitarismo como principal estructura que viola los derechos humanos, el fortalecimiento de la independencia de los jueces y fiscales, para que los juicios no sean un remedo de justicia, protección a defensores de derechos humanos, periodistas, entre otros, y, por último, la abolición del fuero penal a los miembros de las fuerzas militares.

Es importante señalar que el goce efectivo de estos derechos por parte de las víctimas que se desprende exclusivamente de su consagración en las leyes del nivel interno, o en los tratados internacionales que hablen sobre el tema y de los cuales Colombia sea signatario, requieren de que el Estado emprenda acciones efectivas tendientes a que en la realidad se refleje lo consagrado en

dichos textos jurídicos. En esa tarea precisamente, es en donde las víctimas con el apoyo de las organizaciones sociales son fundamentales.

Pero también, para hacer cumplir al Estado con sus obligaciones frente a las víctimas, para el impulso serio y verdadero de investigaciones a nivel interno e internacional por graves violaciones a los derechos humanos, para preservar la memoria colectiva y por ende la verdad histórica de los hechos, son necesarias las acciones políticas tendientes a eso, pues estas últimas son las que van a permitir un mejor desarrollo.

3.2 Estudio de la ley 975/05 a la luz de la Justicia de Transición

La ley 975 de 2005 configuró un procedimiento especial estructurado en dos etapas:

El inicio del procedimiento de la ley 975 se sustenta en el *cese de hostilidades*. Para ello contempla una *fase administrativa*, en la cual se pretende quebrar la vinculación armada de los integrantes de grupos alzados en armas. De este modo, en dicho momento se concreta la *desmovilización y dejación de armas*, ya sea de manera *colectiva* o *individualmente*. El *inicio judicial del proceso* está determinado por la *postulación*, que se realiza con el arribo de la lista de

postulados a la Fiscalía General de la Nación. Con ello se activan unas competencias para iniciar la investigación, tendientes a establecer los presupuestos que sustentarán la formulación de cargos. Las actividades relativas al esclarecimiento de la verdad material, la determinación de autores y partícipes y la identificación de bienes destinados fundamentalmente a la reparación, son de competencia de la Fiscalía, quien actúa mediante un fiscal delegado. En esta etapa se distingue un *ciclo preliminar* y otro de investigación propiamente dicho. En la preliminar se comprenden las actividades de indagación previas a la versión libre; mientras que en la fase de *investigación*, aunque comienza formalmente con la formulación de imputación, se abarcan todas las actividades desde la *versión* hasta la formulación de cargos. Si bien la Fiscalía antes de la versión libre desarrolla trabajos de investigación metodológicamente orientados, es en la fase de investigación donde, en términos estrictos de la ley, se debe ejecutar un *programa metodológico* con el que se desarrollan los objetivos investigativos, formulados y fundamentados en las averiguaciones previas y revelaciones hechas en la confesión realizada en dicha versión.

Una vez culminadas las actuaciones que giran alrededor de la versión libre, se prevé una serie de actos procesales intermedios, con la finalidad de adelantar la preparación de la sentencia. Para ello, la Ley en su artículo 18 habilita la solicitud de *formulación de imputación*, subordinada a la existencia de una *inferencia razonable* de autoría o participación de uno o varios delitos del postulado, desprendida de la valoración de los elementos materiales

probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida hasta el momento. Así mismo, la delimitación del objeto del proceso se manifiesta en la *formulación de cargos*, en la cual se expone el resultado jurídico de la investigación y se hacen públicas las razones de la acusación. Con ello se delimitan, también, los hechos que el desmovilizado debe aceptar para acceder al beneficio de la alternabilidad penal⁹⁴.

Como *cierre* del procedimiento se tiene la audiencia de *sentencia e individualización de la pena*, en la que se exhiben los argumentos que fundamentan la declaración de responsabilidad penal, las penas principales y accesorias, la pena alternativa o las razones para no concederla, el contenido del fallo del incidente de *reparación integral* y la declaratoria de extinción del derecho de dominio de los bienes entregados por el postulado. La etapa de fijación e individualización de la pena deberá estar precedida por la investigación, la formulación de cargos y la declaratoria de legalidad de la aceptación de cargos. A ello se debe sumar la verificación del *cumplimiento de los requisitos de elegibilidad*, ya sea respecto de una desmovilización colectiva o individual. Supone también el momento procesal para la acumulación de penas y procesos por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. Esta etapa es además relevante, porque en ella se concede la *pena alternativa*, producto de la verificación y valoración de varios actos jurisdiccionales exigidos por la 905.

⁹⁴ Ver glosario, concepto N° 1.

La verificación de dichos actos y otras condiciones legales son el presupuesto de la constitución del acto de la sentencia y entrega de la pena alternativa, producto de los delitos juzgados y de las penas acumuladas contra el desmovilizado. La ejecución de la pena alternativa está sujeta a las normas de control penitenciario ordinario y, luego de su cumplimiento, se concederá la *libertad a prueba* por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta⁹⁵.

¿A quiénes cobija la ley de justicia y paz?

Como se ha dicho, la ley 905/05 tiene una aplicación residual⁹⁶, es decir que sólo obtendrán los privilegios consagrados en las disposiciones contenidas en esta regulación, aquellos miembros de grupos armados al margen de la ley, que no consiguieron acogerse a los beneficios previstos en el primer marco legal del proceso de paz, tendiendo a la naturaleza de los crímenes por ellos cometidos respecto de los cuales tuviesen antecedentes penales que los vincularan formalmente con su comisión.

⁹⁵ Kai, A. 2010. Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal internacional: Estudio sobre la Facultad de Intervención Complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia. Bogotá. Edit. Temis. S.A.pag15

⁹⁶ Ver glosario, concepto N° 19.

Conforme a lo anterior, con este procedimiento sumario e irregular, se pretende la presunta investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad, tales como masacres, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, violaciones y abusos sexuales, así como desplazamientos forzados de población civil, bajo un claro desconocimiento de los principios internacionales existentes sobre la materia⁹⁷. Además de eso, múltiples observaciones se pueden hacer con respecto de la pena alternativa, entre las que se resalta que algunos factores podrían llevar a una reducción considerable de esta ya muy reducida pena. Entre esos factores se encuentran los establecidos en el decreto 3391 de 2006, con el cual se renueva la posibilidad de *descontar* del tiempo de ejecución de la pena alternativa el lapso durante el cual el desmovilizado hubiera permanecido en las *zonas de concentración*, establecidas por el gobierno nacional. Con ello se contradice el precedente jurisprudencial que negaba dicho descuento, con el argumento de que tal concentración no era asimilable a una pena, por no imponer coercitivamente la restricción de derechos fundamentales. Además, se desinstala el núcleo retributivo que soporta la idea de pena en el régimen alternativo de la ley de justicia y paz, pues la pena alternativa no se proyecta, fundamentalmente para las víctimas, como una reacción estatal frente al delito, sino como una cooperación con la impunidad. A eso se suman asuntos problemáticos en la *ejecución de la pena*. Por un lado, los desmovilizados tienen ciertas preferencias en los establecimientos de reclusión. Por otro, la

⁹⁷ International Federation for Human Rights. (FIDH). 2007. Colombia. La desmovilización Paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Pág. 24.

norma no establece para la libertad a prueba mecanismos que permitan un seguimiento serio al proceso de reincorporación postpena. El simple compromiso de no reincidir, presentarse periódicamente ante el tribunal o informar cambio de residencia, no son variantes efectivas para concretar la reincorporación⁹⁸

Afortunadamente hay muchas voces autorizadas continuamente revisando el caso colombiano y emitiendo sus observaciones alrededor de éste. En este caso para el análisis jurídico de la ley de justicia y paz como instrumento de justicia transicional se utilizará al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en reciente fecha:

*Expresa su preocupación por la falta de progresos significativos en la aplicación de las recomendaciones anteriores (incluidas las relativas a beneficios jurídicos para los desmovilizados de grupos armados ilegales, connivencia entre las fuerzas armadas y miembros de grupos paramilitares, la falta de investigaciones sobre graves violaciones de los derechos humanos y los ataques contra los defensores de derechos humanos). El Comité lamenta que subsistan muchos motivos de preocupación (**art. 2 del Pacto**⁹⁹).*

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 15.

⁹⁹ Pacto de San José de Costa Rica ó Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

(...) 9. **El Comité expresa preocupación por la Ley No. 975 de 2005**, ya que a pesar de la afirmación del Estado parte que dice que la ley no permite amnistías para estos crímenes, en la práctica existe impunidad para un gran número de graves violaciones de derechos humanos. Entre los más de 30 000 paramilitares desmovilizados, la gran mayoría no se han acogido a la Ley No. 975 de 2005 y falta claridad acerca de su situación jurídica. El Comité observa con preocupación que se ha logrado solamente una sentencia condenatoria contra dos personas y se han abierto pocas investigaciones, a pesar de la sistemática violencia relevada (sic) en las versiones libres de los paramilitares postulados. El Comité también observa con preocupación información que revela que el accionar de nuevos grupos emergentes después de la desmovilización en distintas partes del país concuerda con el opus moderandi de los grupos paramilitares señalados. El Comité destaca que la adopción de la Ley 1312 en julio de 2009 sobre la aplicación del principio de oportunidad puede conducir a la impunidad, si la renuncia a la persecución penal se ejerce sin tener en cuenta la normativa de derechos humanos, constituyendo en consecuencia una violación del derecho de las víctimas a obtener un recurso efectivo. El Comité señala al Estado parte, de acuerdo a su Observación general no. 31 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004), que “la obligación general de investigar las denuncias de violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales... (y que) el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones” (Artículos 2, 6 y 7).

El Estado parte debe cumplir con las obligaciones contenidas en el Pacto y otros instrumentos internacionales, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, e investigar y castigar los graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.

10. El Comité observa que al final de 2009, 280'420 víctimas se habían registrado en el marco de la Ley No. 975 de 2005 y le preocupa que hasta la fecha solo se ha otorgado reparación para víctimas por vía judicial en un solo caso. El Comité observa la creación de un programa de reparación por vía administrativa (Decreto 1290 de 2008) y su gradual implementación, sin embargo le preocupa que este programa se base en el principio de solidaridad y, a pesar de referirse a la responsabilidad subsidiaria o residual del Estado, no reconoce claramente el deber de garantía del Estado. Al Comité le preocupa la discrepancia entre las disposiciones normativas y su implementación. En la práctica la reparación tiende a tener carácter de asistencia humanitaria y hasta la fecha no contempla una reparación integral. Es de preocupación para el Comité que el Decreto 1290 no reconoce víctimas de agentes del Estado. El Comité lamenta que hasta la fecha no se ha puesto en marcha medidas para la reparación colectiva (Artículo 2).

El Estado parte debe asegurar que se adopte legislación e implementar una política que garantice plenamente el derecho a un recurso efectivo y a una

reparación integral. La implementación del derecho debe desarrollarse tomando en cuenta 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 (A/RES/60/147, 2006) y asimismo considerar los cinco elementos de este derecho; la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no-repetición. Particular atención debe ser prestada a aspectos de género y a los víctimas que son niños, niñas, afrocolombianos e indígenas. Debe habilitarse recursos específicamente destinados a brindar atención psicosocial y rehabilitación.

11. El Comité le preocupa que la extradición por orden del poder ejecutivo de jefes paramilitares a los EEUU para responder a cargos de narcotráfico ha resultado en una situación que obstaculiza la realización de investigaciones acerca de su responsabilidad por graves violaciones de derechos humanos. En consecuencia, las extradiciones bajo estas condiciones impiden al derecho a la justicia, verdad y reparación de las víctimas y contravienen la responsabilidad del Estado parte de investigar, enjuiciar y castigar las violaciones de los derechos humanos (Artículos 2, 6 y 7).

El Estado parte deber asegurar que las extradiciones no obstaculicen los esfuerzos necesarios para investigar, enjuiciar y castigar las graves violaciones de los derechos humanos. El Estado parte debe tomar medidas para que

personas extraditadas no evadan su responsabilidad respecto a las investigaciones en Colombia sobre graves violaciones de los derechos humanos y asegurar que futuras extradiciones se lleven a cabo en un marco jurídico que reconozca las obligaciones del Pacto.¹⁰⁰

3.3 Conclusiones de capítulo: Bajo la mirada de lupa que sugiere el deber ser jurídico, la ley 975 o ley de justicia y paz como instrumento jurídico que sirve de marco para el proceso de paz en Colombia, carece de importantes exigencias que son necesarias para poder hablar de un completo y transparente proceso de transición:

Teniendo en cuenta en primer lugar que los procesos de paz que son gestados en medio de democracias SON NEGOCIADOS, porque no se habla de un derrocamiento, de ningún empezar de cero después de un régimen autoritario, violador, que se quiere con urgencia dejar en el pasado, sino de un statu quo que requiere ser modificado porque hay cansancio y sobretodo voluntad de aportar hacia ello por parte de quienes lo propiciaron. Empezando por el hecho de que la 975/05 no surge de la concertación con una parte importante de los reales actores del conflicto, como lo sostiene Javier Giraldo, deja la ligera sensación de que en realidad se dio la “paz entre amigos”, o sea, entre dos sectores de la sociedad que nunca estuvieron en conflicto y por el contrario como en reiteradas oportunidades lo ha sostenido la Corte Interamericana de

¹⁰⁰ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Colombia. Comité de Derechos Humanos. 99º Período de sesiones. Ginebra, 12 a 30 de Julio de 2010.

Derechos Humanos, el paramilitarismo en Colombia es de creación legal y aún después de su ilegalización cuenta con el apoyo del Estado para su funcionamiento, por lo tanto bajo ese entendido nunca va a darse la aspiración fundamental de la transición que es la RECONCILIACIÓN bajo el marco de ésta ley, porque no está diseñada para dirimir las desavenencias entre los reales sectores enfrentados. Lo que trae por consecuencia, que para las víctimas tampoco se cumplan las garantías de “no repetición” de lo sucedido, que también importan para determinar la efectividad del proceso.

Por otra parte, y como lo señaló en su momento el Informe del comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas citado, preocupa la falta de claridad que genera la norma en cuanto a la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos, puesto que no está clara la actitud del Estado frente a sus deberes de sancionar éstas conductas por fuera de cualquier consideración que el perdón a otros delitos que sí está permitido tenga lugar.

En cuanto a la Verdad, que se ha visto truncada por procedimientos como la extradición de los jefes paramilitares sometidos al proceso, hace que sea nugatoria la aspiración del derecho fundamental de las víctimas y la sociedad a que se conozca la realidad de lo sucedido, y así forjar un futuro con perdón, pero con memoria.

Las carencias en cuanto al tema de la reparación también son una muestra del fracaso de éste proceso de transición, porque las víctimas también requieren de un estímulo para superar el pasado de abusos y recuperar su dignidad, y está claro que esto no se refiere solamente a compensaciones económicas individuales, que aunque también son necesarias, no comportan la esencia de la filosofía de las reparaciones, así lo han dicho la doctrina de los órganos internacionales y así lo ha ratificado la jurisprudencia (Corte IDH, casos Castillo Páez Vs Perú, Bámaca Velázquez Vs Guatemala y Caesar Vs Trinidad y Tobago)¹⁰¹.

¹⁰¹Gómez, Méndez. M.P; Montoya, S. A. Comps. 2005. Compilación de instrumentos internacionales, doctrina y jurisprudencia sobre Justicia, Verdad y Reparación. Bogotá. USAID. Géminis LTDA.

4. EL PRINCIPIO PENAL DE FAVORABILIDAD EN LOS ÁMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

La aplicación del principio penal de favorabilidad le corresponde única y exclusivamente al juzgador en el momento de estudiar el caso en particular, en este acápite se traerá toda la construcción legal, jurisprudencial y doctrinaria que alrededor del principio de favorabilidad se ha adoptado. Ello, tanto en la jurisdicción nacional como en la internacional. Para de esta manera, establecer los presupuestos necesarios para el análisis que presupone enfrentarse al dilema de su aplicación en beneficio del procesado en el evento de la comisión de crímenes internacionales respecto de la legislación nacional colombiana, en especial, de la denominada Ley de justicia y paz frente a un análisis de admisibilidad en la CPI teniendo en cuenta que ya hay procesos en curso y casos juzgados con ésta.

4.1 Definición

Favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda (Las cosas favorables se deben ampliar, las odiosas restringir).

El principio de favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo que aparece consagrado en la Constitución, como parte esencial del debido proceso (C.P. art. 29 inciso 3º) y, derecho fundamental de los procesados; como tal, se encuentra entre los derechos que, según el artículo 85, son de aplicación inmediata. En materia penal, reza el artículo 29 de la Constitución

Política, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Frente a la sucesión de leyes en el tiempo, el principio *favor libertatis*, que en materia penal está llamado a tener más incidencia, obliga a optar por la alternativa normativa más favorable a la libertad del imputado o inculgado. La importancia de este derecho se pone de presente a la luz del artículo 4º de la Ley 137 de 1994, que lo comprendió entre los derechos intangibles, esto es, inafectables durante los estados de excepción. La causa o móvil determinante del Decreto de Conmoción se construye sobre la idea de sacrificio de una situación de favorabilidad penal. (C-300 de 1994)¹⁰².

Según la Corte Constitucional (en la sentencia C-581 de 2001) este principio constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, surge de la máxima "*favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda*", y solamente tiene operancia cuando existe sucesión de leyes, también señala que la aplicación del principio de favorabilidad corresponde al juez del conocimiento en cada caso particular y concreto, pues sólo él debe determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado, esto significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo.

¹⁰² Gonzáles. Navarro, A. Bogotá. El Principio Constitucional de la favorabilidad penal. (En línea) disponible en http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=10:textosjuridicos&id=103:favorabilidad&Itemid=7. Consultado el 12 de Abril de 2010. 5:55 pm. Págs. 15-16.

La doctrina nacional afirma que toda persona sometida a proceso penal tiene derecho a que se le aplique la ley y/o la jurisprudencia que más favorezca sus derechos o intereses. Así se explica: A. Por ley se entiende un enunciado o disposición con sentido, es decir, aquello que sobre determinado punto ha querido el legislador. Puede ser ley, entonces, un artículo, un inciso, un párrafo, un numeral, un ordinal y no necesaria y solamente un código, un conjunto de disposiciones, una compilación, o similares B. Ley favorable es aquella que, respecto de otra u otras o combinada con otras u otras, aplicada al caso concreto, mejora de cualquier forma la situación del imputado. C. A la determinación de la ley benéfica se llega por varias vías, fundamentalmente las siguientes: Ultraactividad se da vida a la ley derogada o declarada inexecutable, aplicándola hacia el futuro hacia delante. Retroactividad. Lo contrario. Surgida una nueva ley, se debe aplicar con efectos hacia el pasado hacia atrás. Ley Intermedia. Quiere decir que aquella ley que independientemente del momento de la comisión del hecho y del momento en que va a ser proferida la sentencia, puede ser la aplicable al asunto concreto, siempre que haya regido entre esos dos extremos. Combinación, conjunción o conjugación de leyes *lex tertia*. Significa que de una o varias leyes puede ser tomado aquello que beneficie al procesado y simultáneamente desechado aquello que lo perjudica, es una forma de integración de disposiciones. Oscilación de la jurisprudencia. Si dentro del proceso el máximo Tribunal de Justicia Ordinaria, por ejemplo la Corte Suprema de Justicia, varía su jurisprudencia, y ese cambio beneficia al procesado, se le debe aplicar retroactivamente. Al contrario; si el cambio le perjudica, se le debe someter a la anterior, con fundamento en la ultraactividad.

Este fenómeno jurídico debe ser diferenciado del que da origen a una causal de revisión, pues mientras el que ahora nos ocupa tiene que ver con la variación jurisprudencial ocurrida cuando el proceso se encuentra en curso, es decir cuando no hay sentencia ejecutoriada o no han cesado los efectos de la sentencia condenatoria, el motivo de revisión surge si la jurisprudencia varía después de la firmeza de la sentencia (Cfr. Pérez Pinzón, Álvaro Orlando).

El artículo 29 de la Constitución Política lo consagra y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9º); ninguna de estas dos disposiciones contempla excepciones, de modo que la favorabilidad se da tanto respecto de las leyes sustantivas como de las procesales, porque no solo aquéllas pueden contemplar situaciones más restrictivas o permisivas o más favorables o desfavorables, pues tanto las unas como las otras limitan derechos fundamentales, razón por la cual debe aplicarse la retroactividad de la ley favorable sin discriminación (Cfr. Suárez Sánchez Alberto).

La favorabilidad es el principio inspirador, pero la norma es en verdad la prescripción de aplicación retroactiva de la ley penal posterior más benigna...De acuerdo con la tradición el principio de favorabilidad se extiende a la llamada "ley procesal de efectos sustanciales", o sea la que confiere o garantiza derechos sustanciales o subjetivos para algún sujeto procesal v.gr., las leyes concernientes a la libertad del imputado por medio de instrumentos como la excarcelación o libertad provisional. La verdad es que resulta difícil precisar el concepto de "ley procesal de efectos sustanciales" porque prácticamente no existe ninguna que no sea susceptible de afectar la situación

jurídica del procesado, aunque generalmente se piensa de ellas que se agotan en la prescripción de meros actos rituales o de trámite... Hay que destacar que la materia penal a que se refiere el artículo 29-2 de la Carta comprende tanto las normas de derecho penal material como las de derecho procesal penal, pues ambas son “materias penales” y también derecho penal; de donde resulta dudosa la constitucionalidad de la restricción por el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal en torno a la no retroactividad de las leyes procesales penales posteriores. Una separación tajante de estas materias y sus respectivas disciplinas de estudio corresponde a “aquella antigua dicotomía” muy común en las etapas precientíficas del derecho procesal, pero completamente abandonadas en la actualidad que solía oponer a un estelar “derecho sustantivo” un minusválido “derecho adjetivo” aparentemente secundario o accesorio (Vargas Álvaro)... Pero la favorabilidad penal es tan antigua como la legalidad, inspirándose, no en motivos de seguridad, sino en razones de político criminales (si la ley ha cambiado su valoración de un hecho carece de sentido mantener la valoración anterior) y desde luego en motivos morales que suelen traducirse como “razones de humanidad” (Cfr. Juan Fernández Carrasquilla)¹⁰³.

Por su parte, el Pacto de Derechos Humanos, aprobado por la Ley 74 de 1968, no es ajeno a la formulación de éste principio, su artículo 15-1 dice que Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se

¹⁰³ Ibíd. Págs. 20, 21 y 23.

impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, lo consagra en el artículo 9º, lo ratifica dándole también una consagración expresa.

4.2 Elementos diferenciales

No se va a cuestionar aquí la existencia, ni consagración internacional del principio de favorabilidad como un derecho humano fundamental que es, y muy probablemente seguirá siendo, sino la inadecuada interpretación que de él se haría al pretender darle una entidad absoluta que desconozca otras garantías que también gozan de la tutela normativa internacional.

Ya quedó descrito en las precedentes páginas que el derecho a que a una persona se le reconozca un mejor trato por disposición leyes que contienen disposiciones más benignas en oposición con las que estuvieron vigentes al momento de cometer la conducta es un conflicto normativo que constitucionalmente se ordena resolver “siempre” a favor del reo, no hacerlo equivaldría a desconocer la disposición constitucional y todo el bloque que ésta forma con los tratados internacionales que la consagran, pero ¿qué pasa cuando una de las normas a aplicar es infractora de disposiciones de tratados de derechos humanos que por ende también hacen parte de la constitución, y

no admiten disposiciones internas contrarias a ellos?. Es necesario recordar que hay obligaciones cuyo cumplimiento es ineludible una vez son adquiridas, ellas se derivan de la adquisición de compromisos internacionales que entran al orden jurídico interno bajo la égida de intereses superiores protegidos por los Estados, tal es el caso de tratados internacionales sobre derechos humanos (convención contra la tortura, sobre genocidio, contra el crimen de apartheid, para prevenir y sancionar la desaparición forzada, etc.), lo que ha hecho que en el ámbito internacional sea tratado con suma delicadeza este asunto.

La tendencia de los tribunales internacionales apunta a la negación a cualquier posibilidad de razonamientos de aplicación del principio de favorabilidad que impliquen la validación de normas internas q se contraríen con la normatividad internacional sobre derechos humanos, trayendo como consecuencia la impunidad y la no satisfacción de los derechos fundamentales de las víctimas, un caso de ellas son de leyes de amnistías que otorgan perdón a graves infracciones contra derechos humanos.

Se deriva entonces el tema de que para que una norma sea tenida en cuenta para su utilización favorable en cualquier proceso debe estar recubierta de validez material, de tal manera que su aplicación no devenga en la vulneración del orden jurídico internacional y constitucional de un país.

4.3 Conclusiones de capítulo: Ya que la aplicación de éste principio corresponde únicamente al juez en cada caso particular, la Corte Penal Internacional deberá valorar la ley de justicia y paz junto con todo su contorno normativo y determinar sus disposiciones sobre justicia transicional son válidas a la luz de los estándares internacionales y proceder a decidir si deben ser tenidas en cuenta para un razonamiento de aplicabilidad de la favorabilidad, todo parece indicar que no va a ser así, porque como quedó establecido en el capítulo que estudia esta normatividad frente a dichos estándares quedaron al desnudo las falencias que actualmente están conduciendo al desconocimiento del *corpus iuris* internacional que rige los derechos de las víctimas y la sociedad en procesos transicionales a la verdad justicia y reparación tanto es sus aspectos individuales como colectivos.

5. TEORÍAS JURÍDICAS APLICABLES AL PROBLEMA

El derecho como sistema jurídico implica una interconexión necesaria entre las normas que lo integran, su funcionalidad depende en gran medida de la armonía que exista entre éstas. Es factible que por diversas razones, las normas colisionen y entren en conflicto, obligando al sistema a proveerse a sí mismo de salidas bajo la idea de mantener su propia integridad. Se ha identificado en el centro del problema de ésta investigación, un claro conflicto de normas entre la 975 y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que lleva implícito consigo, el estudio de los efectos jurídicos que resulten de la resolución de éste, o sea la revisión de los fallos proferidos basados en la normatividad de justicia y paz y con ello el cuestionamiento de su firmeza.

Corresponde a éste aparte ilustrar sobre las distintas soluciones que las teorías jurídicas dedicadas al problema de los conflictos normativos darían según la lógica de sus postulados al punto de la regulación contradictoria de un mismo asunto entre dos normas de distinta jerarquía, donde la norma superior es de carácter internacional y trata sobre Derechos Humanos.

5.1 Teoría general del conflicto de normas.

Un conflicto normativo se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles. La contradicción normativa, es una subespecie

considerada como el conflicto normativo auténtico, porque se configura como contradicción material, y esto se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus contenidos son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra.¹⁰⁴ El órgano competente debe elegir una de las normas en conflicto tomando en cuenta que las consecuencias jurídicas de cada una de ellas son diversas, al hacerlo, la norma descartada no podrá ser satisfecha, por lo que pierde su eficacia normativa en relación con el caso en cuestión.¹⁰⁵

Se destacan, **una postura tradicional**, que consiste en que el legislador a priori establece reglas de prioridad que se consideran como “derogatorias”, cuyo fundamento de operatividad es la presunción de que en virtud de la unidad del sistema jurídico todas las normas deben ser consistentes entre sí. Y se basa en la utilización y combinación de tres criterios: el de jerarquía, el de especialidad y el temporal o cronológico¹⁰⁶. **La teoría de Robert Alexy**, quien considera que una teoría satisfactoria del conflicto se sustenta en la distinción entre dos tipos distintos de normas: reglas y principios. Alexy desarrolla una teoría de los principios y el significado de la

¹⁰⁴ Hurueta. Ochoa, C. 2010. Conflictos Normativos. Mexico. D, F. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Pág. 7. (En línea). Disponible en www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm%3F1%3D949+que+es+conflicto+de+normas&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co. Consultado el 11 de Febrero 2010. 3:35 pm.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Págs. 5-6.

¹⁰⁶ *Ibíd.* Págs. 159 y 162.

dimensión del peso partiendo del hecho de que las normas son aplicables de distinta manera. Esto significa que la operatividad de las disposiciones jurídicas es variable, por lo que diversos tipos normativos que se resuelven mediante métodos diferentes son posibles que van desde la introducción de cláusulas de excepción, hasta la eliminación de una de las normas¹⁰⁷. **La teoría de la ponderación**, Se fundamenta en la naturaleza del mandato de optimización de principios y consiste en determinar el peso específico de los principios en colisión fijando la precedencia de alguno de ellos para el caso.¹⁰⁸

5.2 Teorías del Monismo y Dualismo del Derecho Internacional.

En cuanto a la relación del Derecho Internacional con el Derecho interno, los Estados y demás sujetos del Derecho Internacional, regulan sus relaciones bilaterales o multilaterales a través de una serie de normas internacionales que reemplazan a otras que hacen parte del sistema de Derecho Internacional general y que, incluso las contradicen, despojándolas de toda eficacia en el ámbito regional, subregional o simplemente nacional. En este caso, el conflicto de leyes provocado entre varias normas tiene carácter internacional porque la controversia se genera entre disposiciones de Derecho Internacional. Sin embargo, puede ocurrir que el conflicto no se provoque en este nivel sino entre

¹⁰⁷ Ibid. Pag 168-167.

¹⁰⁸ Ibid. Pag 172.

disposiciones de Derecho Internacional y normas de derecho interno de un Estado o normas particulares de una organización internacional determinada. En este evento, el problema jurídico que se suscita es completamente distinto y presenta, si se quiere, mayores dificultades para resolverlo, debido a que la naturaleza de ambos ordenamientos es distinta.¹⁰⁹

El **Monismo** entiende que las normas del derecho internacional y las del derecho interno forman un **único sistema jurídico**; de esta forma el derecho interno de un Estado estaría integrado por sus normas de derecho interno y además por las normas del derecho internacional.

Si bien todos los monistas afirman la existencia de un único sistema jurídico, pueden diferenciarse dentro de esta teoría, aquéllos que otorgan preferencia al derecho interno con relación al derecho internacional (*monismo con primacía en el derecho interno* –Zorn, Kaufmann y Wenzel-). Para los defensores de esta línea, el Derecho Internacional es sólo una prolongación del derecho interno, y por tanto, la obligatoriedad de un tratado deriva de éste, que condiciona la validez de aquel. Esto significa, que en caso de conflicto de leyes, primará siempre el derecho interno¹¹⁰. Y aquéllos que otorgan preferencia al derecho internacional con relación al derecho interno (*monismo con primacía en el*

¹⁰⁹ Pallares, Bossa. J. 1996. Derecho Internacional Público. Primera edición. Bogotá. Edit. Leyer. Pág. 81.

¹¹⁰ Ibid. Pág 85.

derecho internacional –Kelsen, Kunz, Verdross y Lauterpact-). En el cual hay una posición que considera que toda norma de derecho interno contraria al Derecho Internacional es nula “*ab-initio*” (desde el principio), y el derecho interno debe estar teóricamente siempre conforme con el Derecho Internacional, y hay otra posición que estima que el derecho estatal o interno que se oponga al Derecho Internacional no puede ser calificado de nulo “*ab-initio*”, sino que debe ser transformado por las autoridades del Estado porque de lo contrario, de no ponerse en vigencia, entrañaría para el Estado que así procediera, RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. En este caso, lo que las mismas autoridades deben hacer es adecuar el derecho interno a las nuevas circunstancias, evitando así la ruptura del sistema.¹¹¹

Todos los monistas entienden que para integrar una norma de derecho internacional al derecho interno es necesaria una *Ley de Aprobación*. Pero los monistas con primacía en el derecho internacional creen que la norma internacional integra 'per se' (de pleno derecho) el derecho interno.

El **Dualismo** afirma que no existe un único sistema jurídico sino que existen dos completamente separados e independientes: el derecho internacional y el derecho interno. Tanto uno como el otro rigen distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-

¹¹¹ *Ibíd.* Págs. 85 y 86.

Estado; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos. De conformidad con el dualismo, las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno se rigen por el “principio de coordinación” del cual pueden extraerse dos consecuencias: a. No puede existir en ninguno de los dos sistemas norma obligatoria alguna que emane del otro. b. No pueden suscitarse entre uno y otro sistema conflictos de ninguna naturaleza sino únicamente reenvíos, el cual se origina en el hecho de que un sistema legal no se limita a señalar las condiciones en que es aplicable su propio derecho sino que reconoce la autoridad de otro sistema respecto de la materia controvertida.¹¹²

Una norma de derecho internacional deberá ser transformada en norma de derecho interno para poder invocarla y aplicarla en el derecho interno. Para llevar a cabo dicha transformación deberán dictarse dos leyes: una *Ley de Aprobación* (igual que para los monistas) y una *Ley Reglamentaria de implementación*.

5.3 Teoría del bloque de constitucionalidad

De entrada se anuncia que ésta teoría en particular es la que ofrece una respuesta más contundente a la discusión de la pertenencia o no de los tratados internacionales en mención al sistema jurídico colombiano, ya que,

¹¹² *Ibíd.* Pág. 83.

entrando en materia, el bloque de constitucionalidad al ser un instrumento de recepción del derecho internacional tiene el poder de volver constitucionales preceptos que no aparecen explícitamente en el articulado de una constitución, dándoles rango superior que cualquier ley desde el mismo orden interno.

En adelante, es cuestión de identificar a través de un examen exhaustivo, si la normatividad y jurisprudencia colombianas recogen los postulados de ésta teoría, para luego pasar al análisis respectivo...

Varias disposiciones de la Constitución Política de 1991 permiten interpretar que Colombia acoge en todo su esplendor la doctrina del bloque de constitucionalidad:

-El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

-El artículo 93, según el cual "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen en el orden interno.** Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán

de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

-El artículo 94, establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

-El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”

-El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, y

-El artículo 102 dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados

aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.¹¹³

Aunado a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al tema, desde 1992 se ha venido consolidando, desde las memorables sentencias T-409/92 y T-547/92, ratificándose desde ese entonces el contenido del artículo 93, haciendo énfasis en que ésta es la norma que dispone la prevalencia de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas a la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad¹¹⁴.

Queda por sentado que a la luz del artículo 93 constitucional, tratados internacionales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Estatuto de Roma, entre otros, prevalecen en

¹¹³ Arango. Olaya, M. 2004. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Anuario de Derecho Constitucional “Precedente” Vol 2004. 79-102. Pág. 80. (En línea). Disponible en <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>. Consultado el 16 de marzo de 2010. 11:47 am.

¹¹⁴ Negrillas y subrayado fuera del texto original de los artículos.

Ibíd. Pág. 81.

el orden interno, pues tratan materias de Derechos Humanos y fueron ratificados por Colombia. Así las cosas, si se cumplieran a cabalidad las pautas de esta teoría, siendo la ley 975 de 2005 (Ley de justicia y paz) una norma de rango inferior, debería ser ajustada a los preceptos de los tratados en mención, so pena de ser excluida del sistema.

5.4 Conclusiones de capítulo: Atendiendo al criterio de las teorías jurídicas que se relacionan con el tema, lo que aquí se presenta es un evidente conflicto de normas que trasciende hacia otras implicaciones jurídicas.

Afortunadamente desde cualquiera de las teorías presentadas hay una solución clara y parecen converger todas en que por lo menos las normas que pertenecen a un determinado sistema jurídico (inclúyase el elemento internacional o no) deben adaptarse a los preceptos axiológicos de éste, por lo general plasmados en su constitución. Aunque haciendo una disertación más detallada, la teoría general del conflicto de normas ni siquiera prevé la inconstitucionalidad como un denominado conflicto, porque se saldría entonces de la lógica de normas dentro del sistema que van a enfrentarse de manera válida, porque simple y llanamente una norma inconstitucional no pertenecería a dicho sistema. Mientras que los postulados del monismo y dualismo del derecho internacional frente al interno están de acuerdo en que después que un tratado internacional se vuelve ley interna no hay discusión, hay que cumplirlo, máxime cuando por orden de la misma constitución se vuelven parte

de ella como afirma el bloque de constitucionalidad, como en este caso vendrían siendo los tratados de derechos humanos aprobados y ratificados por Colombia. Así entonces no hay duda en cuanto a que las normas de justicia y paz tienen que adaptarse a la constitución colombiana y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que haga parte el Estado, es una obligación

6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA SOBRE JUSTICIA Y PAZ

Entre el vasto universo jurisprudencial emitido por los altos tribunales colombianos relacionados con los temas y procesos de justicia y paz, se ha hecho una selección de fallos que de una u otra manera han marcado la senda del proceso de paz que está en curso en el país, ya que en definitiva son el producto de la aplicación de la normatividad que se cuestiona en el caso de los de la Corte Suprema, o la condición de la utilización misma como es la competencia de la Corte Constitucional. Así que es incuestionable la necesidad de su revisión a fin de determinar la viabilidad de la acción penal en subsidiariedad de la Corte Penal Internacional.

6.1 Corte Constitucional

LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD (C-370/06)¹¹⁵

Numerosas organizaciones de la sociedad civil de Colombia presentaron recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Justicia y Paz, en 2006 la Corte Constitucional de Colombia dictó una sentencia que invalidaba algunas

¹¹⁵ Sentencia C-370 de 18 de Mayo de 2006, en la que analiza la constitucionalidad del articulado de la Ley de Justicia y Paz. No ha sido la única sentencia de constitucionalidad emitida por la Corte entorno a la ley 975 pero se considera la más significativa, entre las otras se destacan: la C-531 de 12 de Julio de 2006, C-127 de 22 de Febrero de 2006 (en la que analiza la constitucionalidad de los Artículos 3, 29, 31 y 61), C-228 de 3 de Abril de 2002(en la que analiza la constitucionalidad del Artículo 37 de la Ley 600 de 2000, relativo a los derechos de las víctimas).

de las disposiciones más preocupantes de la ley e incorporaba aclaraciones esenciales sobre cómo debían interpretarse otras disposiciones.

La Corte no modificó, en su mayoría, los beneficios en la aplicación de las penas para los paramilitares que se desmovilicen: aquellos que cumplen con los requisitos de la ley son elegibles para obtener importantes reducciones en sus condenas y cumplir entre cinco y ocho años de prisión por todos los delitos cometidos. Sin embargo, si la sentencia se implementa adecuadamente, ofrece a los fiscales varias herramientas importantes de las cuales, de otra manera, carecerían, para dismantelar a los grupos paramilitares y proteger los derechos de las víctimas. Los aspectos claves de la sentencia son los siguientes:

Confesión completa y veraz: La ley establece que los paramilitares que deseen beneficiarse con penas reducidas deben declarar ante los fiscales; sin embargo, no estableció una obligación explícita de proporcionar una confesión plena y veraz de sus delitos a cambio de la reducción de sus penas. La Corte sostuvo que debe interpretarse que la disposición exige implícitamente que los paramilitares revelen toda la verdad sobre sus delitos para poder beneficiarse con la ley.

Penas por ocultar la verdad: De acuerdo con la ley, los paramilitares no tenían ningún incentivo para revelar delitos desconocidos por las autoridades, porque, aun en el caso de que posteriormente se descubriera que no habían revelado un delito, las penas reducidas no se verían afectadas. Por el contrario, la ley les

brindaba a los paramilitares la oportunidad de aceptar nuevas acusaciones y que sus sanciones se incluyeran en las penas reducidas dictadas previamente. Incluso aunque se concluyera que un paramilitar omitió intencionalmente un delito, la sentencia reducida sufriría sólo un leve aumento. La Corte alteró este procedimiento de manera drástica al decidir que si, posteriormente, se descubría que un paramilitar no había revelado un delito relacionado con su participación en la agrupación, el paramilitar debía ser juzgado de acuerdo con el derecho penal común aplicable a ese delito, y cualquier beneficio en la aplicación de las penas otorgado previamente podría revocarse.

Períodos de investigación apropiados : La ley imponía importantes restricciones al plazo previsto para que los fiscales investigaran los delitos cometidos por los paramilitares, y establecía que los fiscales sólo tendrían 36 horas para presentar cargos después de que los acusados prestaran declaración, y sólo 60 días para la “verificación” de los hechos admitidos por el acusado. Posteriormente, el gobierno colombiano estableció por decreto un período de seis meses de investigación preliminar antes de la versión libre del acusado. Sin embargo, las restricciones temporales dispuestas en la ley impedían que se llevaran a cabo investigaciones rigurosas y exhaustivas para determinar la veracidad de las declaraciones de los paramilitares respecto de los delitos que habían cometido. La Corte invalidó parcialmente estas disposiciones y estableció que el Estado tiene la obligación de realizar una investigación completa de los delitos cometidos por los paramilitares. Por lo tanto, la Corte determinó que, antes de la imputación, los fiscales debían completar los

procedimientos estándares para la investigación de delitos, que se describen en el Código de Procedimiento Penal de Colombia.

Ausencia de beneficios adicionales en la aplicación de las penas: La ley establecía que los paramilitares podían computar como tiempo efectivamente cumplido a efectos de la pena el tiempo transcurrido durante las negociaciones con el gobierno en áreas especialmente designadas conocidas como “zonas de concentración”, en las cuales podían entrar y salir a su antojo. La Corte invalidó esta disposición.

Establecimientos de detención: La ley establecía que los paramilitares podían cumplir sus penas reducidas en establecimientos que serían determinados por el “Gobierno Nacional”. La Corte sostuvo que los paramilitares debían cumplir sus sentencias reducidas en establecimientos penitenciarios comunes, y observó que el 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, otros beneficios en la ejecución de la pena que la desvirtúan por completo”.

Devolución de bienes legales e ilegales: La ley estableció que los paramilitares debían devolver los bienes obtenidos de forma ilícita al momento de su desmovilización, y que debían otorgar a las víctimas una reparación. Sin

embargo, no hizo referencia al caso de los bienes que los paramilitares alegaran haber obtenido de manera lícita. La Corte sostuvo que los paramilitares debían entregar, al momento de desmovilizarse, no sólo todos los bienes que hubieran obtenido en forma ilícita (como las tierras obtenidas por la fuerza), sino que también se les podría exigir que otorgaran reparaciones con los bienes que alegaban haber obtenido en forma lícita.

Participación de las víctimas en todas las instancias de los procesos penales: Podría haberse interpretado que la ley restringe la capacidad de las víctimas de participar en los procesos penales contra paramilitares. La Corte aclaró que debe interpretarse que la ley permite la participación de las víctimas en todas las instancias del proceso, quienes, entre otras cosas, pueden asistir a las entrevistas de los paramilitares con los fiscales, acceder al expediente del caso y proporcionar información para que se incluya en dicho expediente, obteniendo así el cumplimiento de su derecho a que se haga justicia y a la verdad. La Corte también sostuvo que la Defensoría del Pueblo de Colombia tenía la obligación de asistir a las víctimas en un amplio espectro de áreas y que sus responsabilidades frente a las víctimas, que son “uno de los sectores más vulnerables de la población”, no podían restringirse.

Revocación de los beneficios de la aplicación de penas para quienes cometen nuevos delitos: La sentencia de la Corte también disuadiría a los paramilitares desmovilizados de reincidir en actividades delictivas al privarles del beneficio de reducción de la pena si cometen nuevos delitos. La Corte señaló que una

norma “permisiva” que permitiera a los paramilitares conservar las reducciones de sentencia aunque cometieran nuevos delitos no podría hacer “ningún aporte a la paz o a la justicia”.

Decretos Ejecutivos.¹¹⁶

Después de la sentencia de la Corte, el gobierno de Uribe dictó varios decretos ejecutivos con el objetivo de implementar la mencionada sentencia y reglamentar la Ley de Justicia y Paz. Sin embargo, algunas de las disposiciones de estos decretos debilitaron aspectos importantes de la decisión y generaron nuevos problemas. Por ejemplo, uno de los decretos establece que las penas reducidas podían cumplirse en colonias agrícolas o mediante arresto domiciliario. También dispone que los paramilitares que hayan ingresado al programa de desmovilización antes de la sentencia de la Corte (es decir, la gran mayoría) pueden computar el tiempo transcurrido durante las negociaciones en Santa Fe de Ralito como tiempo efectivamente cumplido a efectos de la pena. Ambas disposiciones son, evidentemente, incompatibles con la decisión de la Corte que establece claramente que no pueden proporcionarse beneficios en la aplicación de la pena que sean adicionales a las ya significativas reducciones de la pena.

¹¹⁶ Decretos 3391 de 2006, establece la reglamentación del procedimiento de Justicia y Paz y de la obligación de reparación de las víctimas, de conformidad con la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional. 4417 de 2006, por medio del cual se reglamenta la ratificación verbal de acogimiento a la Ley 975 de 2005 al inicio de la versión libre. 315 de 2007, por medio del cual se reguló el derecho de intervención de las víctimas en la etapa de investigación al interior del procedimiento de Justicia y Paz. 423 de 2007, por medio del cual se reglamentan los requisitos de elegibilidad de la Ley de Justicia y Paz.

Varias otras disposiciones de los decretos debilitaron las obligaciones de los paramilitares de pagar indemnizaciones. Además, a pesar de que la Ley de Justicia y Paz establece que los paramilitares deben devolver los bienes ilegales al momento de desmovilizarse como un requisito de “elegibilidad” para poder gozar de los beneficios de la ley, en uno de los decretos, el gobierno fija plazos flexibles para la devolución de bienes, y sólo establece que, al inicio del proceso, los paramilitares deben “comprometerse” a cumplir la obligación de devolver bienes. Por ende, los decretos, aparentemente, autorizaban a los paramilitares a esperar hasta el último momento antes de que se dictara la sentencia para devolver los bienes, lo cual, en la práctica, debilitaba los incentivos ofrecidos a los paramilitares para devolver los bienes ilegales de manera oportuna. Varias de las disposiciones son ahora objeto de una demanda legal ante el Consejo de Estado de Colombia¹¹⁷.

LA SENTENCIA T-085-09

En esta sentencia que se produjo a mediados de febrero de 2009, con ponencia del destacado defensor del Estado de Derecho Jaime Araujo Rentería, se estudian ampliamente los derechos de las víctimas y se comprueba dejando en claro que:

¹¹⁷ Demanda de Nulidad interpuesta por comisión Colombiana de Juristas contra los artículos 2, 3, 4, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 26 y 27 del decreto 4760 de 2005; el decreto 2898 de 2006 en su totalidad; los artículos 1, 2, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19 y 20 del decreto 3391 de 2006; el decreto 4417 de 2006 en su totalidad. Comisión Colombiana de Juristas (CCJ). 2007. Anotaciones sobre la ley de “justicia y paz”: Una mirada desde los derechos de las víctimas. Bogotá. Pág. 115 y ss.

1. Las víctimas tienen derecho a la verdad a la justicia y a la reparación
2. Incluso, sí no se sabe todavía quiénes el victimario o los victimarios, las víctimas tiene derecho a la reparación.
3. Que esta reparación tiene que ser más que la reparación económica
4. Que la reparación económica debe ser total y equivalente al daño causado
5. Que “total” implica la totalidad del daño recibido (de modo que el monto puede ser superior a los 19 millones que propuso el gobierno y aprobó ayer el congreso)

y finalmente:

6. Que si las víctimas desconfían de que en el lugar del proceso, el juez no es imparcial e independiente, puede solicitar el cambio de traslado del proceso de reparación y así juzgue un juez independiente e imparcial de los actores armados, implicados e identificados en el proceso.

APARTES DE LA SENTENCIA

(...)

3.2 Las víctimas del desplazamiento forzado como sujetos de especial protección constitucional

Según lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

El desplazado, según la Ley 387 de 1997 (artículo 1º), es “toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”.

El desplazamiento genera un desarraigo de quien es sujeto pasivo del mismo, debido a que es apartado de todo aquello que forma su identidad, como lo es su trabajo, su familia, sus costumbres, su cultura, y trasladado a un lugar extraño para intentar rehacer lo que fue deshecho por causas ajenas a su voluntad y por la falta de atención del Estado como garante de sus derechos y de su statu quo.

La situación del desplazado no implica solamente el “ir de un lugar a otro”; **encierra una vulneración masiva de los derechos fundamentales, ya que “se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad**, entendida la primera como aquella situación que sin ser elegida por el individuo, le impide acceder a aquellas garantías mínimas que le permiten la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, la adopción de un proyecto de vida; la segunda, como la ruptura de los vínculos que unen a una persona a su comunidad de origen; y, la tercera, como aquélla situación en la que se encuentra un individuo que hace parte de un nuevo escenario en el que no pertenece al grupo de beneficiarios directos de los intercambios regulares y del reconocimiento social”.

(...)

3.3 Alcance del derecho fundamental a la reparación de las víctimas del desplazamiento forzado

En términos generales, cuando alguien ha realizado un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona le genera la obligación de realizar en provecho de ésta una prestación resarcitoria, comoquiera que ésta no está obligada a soportar la conducta antijurídica de la que fue objeto. En este sentido el artículo 2341 del Código Civil establece que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Cuando las conductas trascienden el campo de las relaciones personales y tienen una repercusión social, el derecho sanciona ese comportamiento con la finalidad de proteger no sólo el interés o bien individual sino también el social, lo que constituye el objeto jurídico del delito y genera la acción penal pública que por regla general corresponde emprender de oficio al Estado.

De este modo, el daño producto del delito tiene dos connotaciones “a) el daño público o social que se produce al lesionar el bien o interés jurídico protegido por el Estado y que explica su intervención poniendo en marcha el aparato punitivo, imponiendo las sanciones a quien ha infringido el orden jurídico, pues el delito es siempre un hecho que perjudica a la comunidad y b) el daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales”.

6.2 Corte Suprema de Justicia

El paramilitarismo no es un delito político (Proceso 29560-28-05-08)

“...Aceptar que en lugar de *concierto para delinquir* el delito ejecutado por los miembros de los grupos paramilitares constituye la infracción punible denominada *sedición*, no sólo equivale a suponer que los mismos actuaron con

fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad, pues finalmente los hechos podrían quedar cobijados con la impunidad¹¹⁸ absoluta –entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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– que se les brindaría por medio de amnistías e indultos, medidas que podrían ser tomadas a discreción del ejecutivo y el legislativo y sin posibilidad de control judicial, tornándose en un imposible la obtención de la verdad, el deber de recordar y el derecho a saber lo que realmente sucedió en el caso.

A través de la jurisprudencia los jueces deben cumplir una de sus tareas esenciales cual es la de tutelar los derechos fundamentales inclusive ante el legislador, pues la práctica judicial está ligada al derecho y a la ley, siendo soporte de su racionalidad aplicar justicia de cara a un derecho vigente legítimo.

Atendiendo los mandatos imperativos que se irradian desde el principio de legalidad interpretado sin desconocimiento del apotegma de la proporcionalidad, es un error de la democracia permitir que fines ilegítimos

¹¹⁸ “Dice la Corte Constitucional: “Los Estados están en la obligación de prevenir la impunidad, toda vez que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva” (Sentencia C-370/06)”.

puedan cobrar fuerza a través de una jurisprudencia equivocada, pues la norma del concierto para delinquir es la adecuada para responder a las amenazas y lesiones que en contra de los bienes jurídicos se diseminan desde las estructuras de poder constituidas por las organizaciones paramilitares o de autodefensa.

Es absolutamente contrario a la Constitución y a los estándares internacionales que las víctimas sean burladas en sus derechos al aceptarse que las bandas de grupos paramilitares actuaron con fines altruistas cuando ejecutaron graves acciones lesivas a los bienes jurídicos penales más importantes.

Se concluye, entonces, que a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, no es viable su aplicación porque: 1). La Constitución establece criterios básicos sobre lo que se debe entender por delito político; 2). Desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los delitos políticos y el concierto para delinquir; 3). Aceptar que el concierto para delinquir es un delito político lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas; y, 4). Al haber sido declarado inexecutable el precepto, no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico , y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexecutable por razones de forma...”

En ese mismo sentido ya se había pronunciado la Corte en el 2007 advirtiendo la inconstitucionalidad del artículo 71 de la ley hoy Inexequible por providencia de la Corte Constitucional (Proceso 26945-11-07-07)

Pero esa misma Corte dijo que Los efectos de la inexecutable del Artículo 70 y 71 regían sólo hacia el futuro EN BENEFICIO DE LOS PROCESADOS en otros pronunciamientos anteriores, procesos 25705, 27043; 25190, 25881, entre otros del año 2006 y 2007; como por ejemplo, también explícitamente se plantea el asunto de la FAVORABILIDAD a favor del reo en el tema de la sedición y la declaratoria de inexecutable del artículo 71.

En la sentencia de 5 de Septiembre de 2006, del Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés se dilucida el asunto de la siguiente forma:

“...Para una adecuada solución del conflicto es necesario ante todo precisar que la Sala ha venido resolviendo los conflictos presentados entre autoridades judiciales en los cuales la adecuación típica en algún momento procesal, como por ejemplo, en la resolución de acusación o en el acta de aceptación de cargos, se hizo por la posible comisión del delito de concierto para delinquir.

Para solucionar esto se ha dicho, en resumen:

Con la expedición de la Sentencia C-370 de la Corte Constitucional, a través de la cual se declaró la inexecutable —por vicios de forma—, entre otras

disposiciones, del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, la situación jurídica de los comportamientos que con base en dicha normatividad se tipificaron en su momento como sedición ha cambiado, en tanto que ahora, por dicha inconstitucionalidad, pasó nuevamente a la denominación de concierto para delinquir que traían los ordinales 2ª y 3ª del artículo 340 de la Ley 599 de 2000.

Esto no es otra cosa que entender que si se extrajo de la vida normativa y jurídica una disposición que modificó en su momento la competencia por razón de la tipificación que le otorgó el legislador, es decir, que las cosas han de volver a su estado anterior, es decir, como si la disposición nunca hubiera existido, **sin perjuicio de lo que corresponda jurídicamente a la aplicación del principio de favorabilidad.**

(...)

En otras palabras le compete al juez penal del circuito especializado que corresponda aplicar el principio de favorabilidad en cada caso y para lo que advierta que comporta una mejor situación, tal como ha venido insistiendo esta corporación, además, en decisiones del pasado 11 de julio con radicación 25.258 y 25.190...).

En cuanto a Derechos de las víctimas

(Proceso 29472-10-04-08) "...De otra parte, ha de tenerse en cuenta que las víctimas tienen derechos fundamentales en orden a garantizar (i) la efectiva **reparación** por el agravio sufrido, a que existe una (ii) obligación estatal de

buscar que se conozca la **verdad** sobre lo ocurrido, y a un (iii) acceso expedito a la **justicia**, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad...”

(Proceso 29559) la Corte citando varios instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la corte constitucional dice “...si bien el Estado colombiano está comprometido a perseguir el delito, tanto en lo interno como frente a la comunidad internacional, dicha obligación no es de mayor importancia o jerarquía que la inherente a la efectiva protección de los derechos de las víctimas, particularmente respecto de los delitos de lesa humanidad, pues las garantías fundamentales de éstas a la verdad, la justicia y la reparación, no pueden quedar desprotegidas bajo ninguna consideración, al hallarse amparadas en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Congreso, los cuales prevalecen en el orden interno por mandato constitucional , y son de inexcusable cumplimiento por todas las autoridades...”

A pesar de lo anterior la Corte reafirma la limitación del papel de las víctimas en los procesos (Proceso N° 27484)

“...En ese contexto, la pretensión orientada a que las víctimas accedan a esa diligencia con el fin de interrogar y contra interrogar al desmovilizado, como lo

sugieren los abogados de la Comisión Colombiana de Juristas, desconoce por completo la estructura del procedimiento fijado en la ley de justicia y paz especialmente en la etapa preliminar donde la labor de investigación tiene una connotación especial, si se tiene en cuenta que la información de lo sucedido a las víctimas depende de los resultados que vaya arrojando el trabajo de verificación...”

Extradición por narcotráfico y concierto para delinquir agravado por delitos de lesa humanidad

(Proceso 29475-10-04-08)“...Todo lo expresado obliga a la Corte a considerar, en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, que si en un supuesto concreto de extradición se produce como consecuencia del mismo la violación de los derechos de las víctimas, el concepto deberá ser emitido en forma negativa o si el mismo es de carácter favorable será condicionado para evitar el desamparo de quienes han padecido las consecuencias de los delitos confesados por el desmovilizado-postulado, supuesto ineludible que de no atenderse convertirá el concepto en negativo, con las respectivas consecuencias...”

Pero el 2 de abril del mismo año (2008) La Corte Decide aprobar la extradición de 14 Jefes Paramilitares que han sido los mayores perpetradores en toda la organización, en detrimento de los derechos de las víctimas y las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

6.3 Análisis de éstas sentencias

Por lo menos queda claro que los altos tribunales colombianos tienen pleno conocimiento de los estándares en materia de justicia de transición y derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, pues en sus pronunciamientos hacen constante alusión a ellos. Es plausible, como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁹, la intención de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia de constitucionalidad C-370 del año 2006 donde prescribe que el Estado debe hacer honor a los compromisos internacionales por él adquiridos, haciendo que sea una realidad el cumplimiento de la obligación del Estado de investigación, procesamiento y sanción de las violaciones contra los derechos humanos, reafirmando también la necesidad de dar cumplimiento cabal a los derechos de las víctimas, haciendo énfasis en las dimensiones e implicaciones del derecho a la verdad y la reparación, Además de rechazar la calificación jurídica de las infracciones cometidas por el paramilitarismo como delitos políticos.

Pero la falta de aplicación de estos criterios jurisprudencias por las entidades encargadas de implementación de la ley ha sido una real obstáculo para la realización de los fines de la protección constitucional como también quedó evidenciado en la sentencia de tutela t- 085 del año 2009 donde la Corte declara que existe un estado de cosas inconstitucional en perjuicio de las

¹¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia". OEA. /Ser/L/V/II.125. 1 agosto 2006.

víctimas del conflicto precisamente por disposiciones que subsisten de la ley 975 que permiten que ésta situación se perpetúe así. Eso aunado a la falta de interés de la rama ejecutiva por encaminar al Estado por la senda del cumplimiento de los acuerdos internacionales, emitiendo normatividad que los vulnera y contrariando los mandatos de la Corte Constitucional, haciendo ilusoria la aspiración de la sociedad colombiana de vivir un nuevo amanecer.

La Corte Suprema de Justicia ha dejado importantes pautas marcadas para el avance de su jurisprudencia, y el proceso de paz como tal, principalmente al irse plegando de forma progresiva a los lineamientos de los tratados internacionales sobre derechos humanos para interpretar los casos, Como sucedió en el pronunciamiento del año 2008 donde sin ambages determinó la no aceptación de la imputación del delito de sedición a los paras, **ni aún invocando el principio de favorabilidad** para la época en que fue vigente. pero es motivo de preocupación que lastimosamente la Corte Suprema no ha sostenido ésta doctrina todo el tiempo, no se puede dejar atrás que ésta ha hecho algunas concesiones inadmisibles para el derecho internacional en sus fallos a los paramilitares en asuntos donde se ventila la comisión de crímenes internacionales como por ejemplo el admitir durante algún tiempo que los casos que inicialmente fueron imputados como delito de sedición posteriormente declarado inconstitucional para ser aplicado a paramilitares, debían regirse por la norma vigente en su momento (artículo 71 de la ley 975), lo que equivale a decir que la Corte Suprema de Justicia Colombiana para determinados casos

afirmó que prevalece la aplicación de una norma inconstitucional que genera impunidad frente a delitos de lesa humanidad.

Por otra parte, se le reconoce la evolución jurisprudencial en cuanto a la protección de los derechos de las víctimas, pero es cuestionable que mantenga las limitaciones procesales a su participación dentro de los procesos, lo que hace ilusoria la concreción del goce y efectividad de dichos derechos.

Y finalmente el hecho fuertemente criticado de la aprobación mediante sentencias en el año 2008 de las extradiciones de los 14 jefes paramilitares, dentro de los cuales se encontraba una parte importante de la dirigencia de las autodefensas que además de comandar también se les conoce como grandes violadores a derechos humanos, autores mediatos de miles de desapariciones, masacres y demás delitos de lesa humanidad, dejan en tela de juicio la labor judicial en pro de un transparente proceso de transición en cuanto a la consecución de la verdad y la satisfacción de la justicia, aunque es de reconocer que hoy la Corte ha negado varias extradiciones por considerar la vulneración de tales derechos.

6.4 Conclusiones de capítulo: Para la cuestión de determinar si cabe o no responsabilidad de los altos tribunales colombianos por la sensación de no sanción adecuada en muchos casos a los crímenes de lesa humanidad,

guerra y genocidios cometidos por los paramilitares acogidos a la ley 975/05, existen razones de peso para argumentar en uno y otro sentido teniendo en cuenta sus jurisprudencias. Puesto que ambos en un momento determinado han aceptado la ley de justicia y paz como instrumento válido para aplicar dentro del proceso de paz colombiano, sin tener en cuenta la naturaleza del conflicto y el papel que han jugado los grupos de autodefensas como para-estado, no siendo por sustracción de materia ningún sector de la sociedad enfrentado con el sistema, cuyos métodos de acción necesariamente implican políticas de terror y exterminio contra la población civil, lo que indudablemente redundaría en delitos graves repudiados por la comunidad internacional que deben ser castigados de manera más ejemplarizante a la que pretende la ley. En el caso de la Corte Constitucional, considerar válidamente que con las modificaciones ordenadas, se solucionaría ese problema de fondo, pues realmente se considera que no, pero definitivamente, y mirando en perspectiva fue un gran avance. Ahora, En la CSJ se observan las faltas de mayor gravedad, porque durante un lapso considerable aplicó normas abiertamente inconstitucionales aún teniendo la posibilidad de hacer uso del principio de excepción de inconstitucionalidad plasmado en la carta, aunque posteriormente en históricas jurisprudencias se sumara a la posición de la aplicación de los criterios de derecho internacional.

Frente a todo lo anterior y haciendo uso de un criterio jurídico razonado, se considera que el escenario está abierto a que el Tribunal Internacional aprobado por el Estatuto de Roma, decida o no estudiar el caso Colombia para

determinar si teniendo en cuenta la realidad de lo que sucede frente al conflicto que subsiste y cada día se recrudece cobrando la vida de personas inocentes, armando a niños en contra de su voluntad, obligando a campesinos a abandonar sus lugares de origen y vivir en la zozobra; y el aquí cuestionado proceso de transición hacia la paz, valore la necesidad de cuestionar la firmeza de las decisiones y de los tribunales colombianos que no se agota en una simple declaración formal de juicios que necesitan ser tomados con el celo que la comunidad internacional ha tomado a la protección a los derechos humanos, frente a la aspiración de combatir la impunidad.

7. CONCLUSIONES, LIMITACIONES Y RECOMENDACIONES PARA FUTURAS INVESTIGACIONES.

7.1 CONCLUSIONES

Independientemente de cualquier consideración, 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. Ya visto que ésta puede venir envuelta en diversas formas de presentación jurídica, y la historia ha mostrado que los criminales siempre buscan formas de blindarse frente a la acción de la justicia. Es claro que la aspiración de todos los Estados es poder por lo menos mantener su orden jurídico y constitucional, por eso son los más interesados en que el derecho penal que opera dentro de ellos funcione, pero cuestión compleja se vuelve cuando ya la criminalidad ha llegado al punto de controlar y mantener a su servicio las instituciones estatales para cometer los crímenes y garantizar su impunidad, ya no se estaría hablando entonces de una criminalidad cualquiera, sino de una MACROCRIMINALIDAD, que como principal característica tiene estar apoyada en empresas delictuales que trascienden la capacidad de acción del poder público del estado, porque entre otras cosas, puede que éste ya haya sucumbido a los intereses de tales organizaciones.

Al término de este trabajo de investigación como conclusión general y respuesta a la pregunta problema, se puede afirmar que los altos mandos paramilitares que han alcanzado a recibir los beneficios judiciales de la pena alternativa y demás del proceso de paz en Colombia, efectivamente son susceptibles de volver a ser juzgados por la Corte Penal Internacional por los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio que cometieron durante su accionar delincencial (a partir del 1° de noviembre del año 2002, fecha de entrada en vigencia del Estatuto de Roma en Colombia) porque quedó confirmado que después de esa fecha continúan operando y delinquiendo pese al acuerdo de desmovilización con el gobierno nacional, sumado a que, a través de la normatividad, doctrina y jurisprudencia internacional citada quedó por sentado que la estructura jurídica que soporta este proceso transicional no es apta para satisfacer a cabalidad los estándares de justicia, reparaciones ni esclarecimiento de la verdad, circunstancia excepcional donde el Estatuto de Roma autoriza la competencia de la Corte en perjuicio de la Cosa Juzgada del tribunal nacional como ya quedó expuesto.

Se pudo llegar al anterior corolario a través de las siguientes constataciones específicas:

1. En tratándose de tratados sobre derechos humanos la tendencia teórica mundial es el monismo con primacía del derecho internacional, y en particular la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles y degradantes, la

Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio, los cuatro convenios de ginebra y el tratado que aprueba la creación de la CPI por orden constitucional (Art.93 CN) prevalecen sobre la legislación penal colombiana (y todo el orden interno), en este caso, tienen una jerarquía superior a la ley 975 de 2005, por tal razón la ley de justicia y paz carece de valor jurídico ante el ordenamiento internacional y los juicios llevados a cabo con ésta no le son oponibles porque son ineficaces. Y después de estudiar las características esenciales que deben cumplir todos los procesos nacionales de transición política hacia la paz, se concluyó que el Estado colombiano debería considerar modificaciones normativas además de las prescritas por la Corte Constitucional para estar acorde con sus obligaciones en esta materia, cabe aclarar que se podría considerar como un avance significativo la nueva ley sobre reparación a las víctimas del conflicto, si ésta a su vez se consolida como el comienzo del reconocimiento de la responsabilidad del Estado frente a los crímenes, la cual no se muestra muy clara con el programa de reparaciones administrativas.

2. También quedó establecido que los tribunales penales internacionales que han existido antes de la CPI han tenido una sola orientación que se convierte en un precedente casi que obligado frente al tratamiento de la normatividad nacional favorable para el reo, pero violatoria de normas y costumbres internacionales, que a la vez converge con el planteamiento de ésta investigación. El cual consiste en negar la posibilidad de que el delincuente se cobije en la norma interna por más válida que ésta sea, si a través de ella se corre el riesgo de dejar en la impunidad crímenes de extrema gravedad.

3. Se evidenció que los tribunales regionales, particularmente el Tribunal europeo y la Corte Interamericana de Derechos humanos **advierten que el principio de favorabilidad e incluso el de legalidad ceden frente al valor de la justicia** junto a todo lo que éste envuelve cuando el objeto de discusión es la comisión de violaciones graves tales como las ejecuciones sumarias o extralegales, la tortura desaparición forzada de personas, entre otros. Que la Corte IDH establece enfáticamente en los casos citados, que las leyes de autoamnistía van en contra del ideal protector de la Convención Americana y por lo tanto se pueden tener como normas carentes de eficacia jurídica que no pueden impedir la investigación, identificación y el castigo de los responsables de tales conductas.

4. Se confirmó que Colombia configura perfectamente una situación admisible para el conocimiento de la CPI porque las violaciones persisten, se caracterizan como crímenes internacionales, se dan en la mayoría del territorio nacional (generalizadas), obedecen a una política estatal de vulneración a los Derechos Humanos (sistemáticas), y entran en la competencia temporal de la Corte.

5. Con respecto a la Jurisprudencia de los tribunales internos (Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional) se llegó a dos perspectivas antagónicas que pueden jugar un papel decisivo en la aplicación del test de complementariedad por parte de la Corte:

La primera parte de cuestionar grandes omisiones. La segunda parte de considerar los avances. La corte Constitucional hizo una gran labor a favor de la justicia al negarse a reconocer el paramilitarismo con un delito político, recalcar las obligaciones a los procesados de revelar la verdad so pena de perder los beneficios y reparar integralmente a las víctimas, además de obligar al estado a hacer algunas modificaciones en estas materias. Pero realmente quedó en el tintero una pronunciación que recogiera el análisis de fondo de las circunstancias fácticas y jurídicas viciadas que dieron origen a la ley de justicia y paz, que traen consecuencias nocivas para las víctimas y la sociedad en general, y que en efecto hoy critican las grandes organizaciones defensoras de los derechos Humanos además de organismos pertenecientes a Naciones Unidas, lo que en el fondo se convirtió en una convalidación de la pretensión de justicia del estado colombiano en detrimento de sus obligaciones internacionales.

Los decretos ejecutivos posteriores a la sentencia C-370/06, además de convertirse en una talanquera para su efectiva aplicación, se pueden considerar como una burla al sistema interamericano porque la decisión de no proseguir con la causa contra Colombia por parte de la CIDH estuvo basada en su totalidad por los avances considerados en la aludida sentencia, asunto que también debe ser teniendo en cuenta para éste análisis.

La Corte Suprema de Justicia por su parte, es el tribunal que en el que mejor se pueden apreciar las dos caras de la disertación sobre la justicia colombiana. Puesto que ésta gradualmente se ha ido acercando a lo que desde el principio debió ser, reconociendo que los delitos de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares de ninguna manera pueden equipararse a meros delitos comunes, hasta el punto de negar algunas extradiciones por estos motivos, y también rechazando la idea del fenómeno del paramilitarismo como un delito político en sus últimas jurisprudencias. Pero en momentos neurálgicos de su actuación ha tenido unos pronunciamientos proclives a la desatención de su obligación de juzgamiento de crímenes internacionales como por ejemplo al avalar la extradición de un grupo importante de jefes paramilitares que por razones obvias ya no podrían cumplirle a las víctimas, ni revelar los sucedido con los crímenes como era esperado. En muchos casos se ha dejado como un simple concierto para delinquir la actividad macodelincuencial que incluye afrentas a los derechos humanos públicamente reconocida, ejecutada por paras y auspiciada miembros de la clase política del país. Actividad judicial que hoy es cuestiona la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas por las escasas condenas proferidas frente al universo de delitos y delincuentes a pesar de la sistemática violencia relevada en las versiones libres de los paramilitares postulados.

7.2 LIMITACIONES

Entre las principales se encontró, que no existen traducciones oficiales ni particulares al idioma Español, de los textos completos de las sentencias emitidas por los tribunales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda, así que toda referencia que se utilizó sobre esa jurisprudencia fue tomada de escritos doctrinales de habla hispana en los que fue citada para temas muy puntuales, lo que en algún momento pudo dificultar un análisis exhaustivo.

Tampoco fue posible conseguir en ningún documento la reproducción original de los juicios que se adelantaron en Nuremberg con ocasión del TMI, razón por la cual se debieron usar las diferentes fuentes secundarias para acceder a ésta información.

7.3 RECOMENDACIONES PARA FUTURAS INVESTIGACIONES

Debido al enorme universo teórico que envuelve este tema, para mayor efectividad, podría resultar de mucha utilidad generar diferentes líneas de investigación que abarquen los siguientes puntos:

- Aplicación y efectividad de la ley. Teniendo en cuenta que las estructuras paramilitares aún están vigentes.

- Crímenes de guerra. Teniendo en cuenta el tardío reconocimiento por parte del gobierno del conflicto armado interno.
- La integración de la 905 al resto de disposiciones del proceso de paz (ej. ley 782 de 2002). Teniendo en cuenta que éstas tienden a mayor permisividad.

BIBLIOGRAFÍA

Arango. Olaya, M. 2004. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Anuario de Derecho Constitucional "Precedente" Vol 2004. 79-102. (En línea). Disponible en <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.

Consultado el 16 de marzo de 2010. 11:47 am.

CCPI (Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional.US.). 2003. Compilación De Los Documentos Fundamentales De La Corte Penal Internacional. Quezon city. Filipinas. Pág. 1-25.

Comisión Colombiana de Juristas (CCJ). 2007. Anotaciones sobre la ley de "justicia y paz": Una mirada desde los derechos de las víctimas. Bogotá. Pág. 115 y ss.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia". OEA. /Ser/L/V/II.125. 1 agosto 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pronunciamiento de la CIDH sobre la Aplicación y Alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia. OEA/Ser/L/V/II.125. Doc. 15. 1 agosto 2006.

Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos de Genocidio, ONU de 1949.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, ONU 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy 46. Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo, Bustos y otros) Vs Chile. Sentencia 5 de Febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Masacre de Mapiripán” Vs Colombia. Sentencia 15 de Septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

CORTE PENAL INTERNACIONAL: Relación de requisitos para la aplicación efectiva del Estatuto de Roma. 2010. Amnistía Internacional. (En línea).

Disponible en:

<http://coalitionfortheicc.org/documents/AIEffectiveImp27Jul00sp.pdf>.

Consultado por última vez el 20 de Junio de 2010. 9:30 am.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sentencia de fecha 31 Marzo de 2009. Proceso N° 31491.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán Sentencia de fecha 2 Octubre de 2007. Proceso N° 27484.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sentencia de fecha 31 Julio de 2009. Proceso N° 31539.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sentencia de fecha 28 Mayo de 2008. Proceso N° 29560.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sentencia de fecha 02 Octubre de 2007. Proceso N° 27484.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Sentencia de fecha 21 Mayo de 2009. Proceso N° 31620.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca Sentencia de fecha 22 Abril de 2008. Proceso N° 29559.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sentencia de fecha 21 Septiembre de 2009. Proceso N° 32022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia de fecha 11 Julio de 2007. Proceso N° 26945.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. M.P. Yezid Ramirez Bastidas. Sentencia de fecha 10 Abril de 2008. Proceso N° 29472.

Decision (Trial Chamber) Case num. ICTR-96-15-1, de 18 de Junio de 1997.

Diaz, C. Comp. 2008. Reparaciones para las víctimas de la violencia política: Estudio de casos y análisis comparado. Bogotá. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Pág. 301-341.

El comienzo: los años del MAS y las Autodefensas del Magdalena Medio (1981-1991). Verdad Abierta. Colombia. (En línea) disponible en: http://www.verdadabierta.com/index.php?option=com_content&view=article&id=343. Consultado el 25 de noviembre de 2010. 3:00 pm.

Equipo Nizkor. 2007. Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. Madrid y Bruselas. (En línea) disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html>. Consultado el 21 de noviembre de 2010. 3:42 pm.

Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional. 17 de Julio de 1998.

Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto. Colombia. Comité de Derechos Humanos. 99º Período de sesiones. Ginebra, 12 a 30 de Julio de 2010.

García. Ramirez, S. 2004. La Corte Penal Internacional. México. Segunda edición. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Capítulo I. Págs. 21-53; 57-65.

Gonzáles. Navarro, A. Bogotá. El Principio Constitucional de la favorabilidad penal. (En línea) disponible en:

http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=10:textosjuridicos&id=103:favorabilidad&Itemid=7. Consultado el 12 de Abril de 2010. 5:55 pm. Págs. 15-16.

González, M. Bárbara. Cinco años de la Ley de Justicia y Paz: el desalentador balance en verdad, justicia y reparación. Semanario Virtual Caja de herramientas N° 217.

Herencia. Carrasco, S. 2005. La Implementación Del Estatuto De Roma En La región Andina: Los casos de Bolivia, Colombia y Perú. Lima. Comisión andina de juristas. Pág. 24. Y pág. 35-64.

Hurueta. Ochoa, C. 2010. Conflictos Normativos. Mexico. D, F. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Pag. 7. (En línea). Disponible en www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm%3FI%3D949+que+es+conflicto+de+normas&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co. Consultado el 11 de Febrero 2010. 3:35 pm.

International Federation for Human Rights. (FIDH). 2007. Colombia. La desmovilización Paramilitar, en los caminos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Pág. 20-56.

Joinet, L. (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49° período de sesiones, Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)

preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1.

Kai, A. 2005. La Parte General Del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática. -Traducción al castellano de la versión abreviada y actualizada de Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Duncker und Humblot, Berlín, Alemania, 2002 (primera edición) y 2004(segunda edición).- Uruguay. Edit. Temis.Pág. 34-74.

Kai, A. 2010. Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal internacional: Estudio sobre la Facultad de Intervención Complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia. Bogotá. Edit. Temis. S.A. Pag.11-30.

Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".

Ley 782 de 2002. Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.

Ley 975/07 Justicia paz y reparación. Decretos reglamentarios 3391/06 y 315/07.

López. Díaz, C. 2009. Delitos en Justicia y Paz: Legislación en Línea de Tiempo. Bogotá. Edit. Milla. Ltda.

Malarino, E; Kai, A. Persecución penal nacional de Crímenes Internacionales En América Latina. Informes nacionales. (En línea). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2230/19.pdf> Pág. 578-589. Consultado el 15 de octubre de 2009. 5:23 pm.

Memorias Seminario Internacional: Corte Penal Internacional. Instrumento De Paz En Colombia. (2003. Santa fe de Bogotá) 2003 Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia. Ed. Kai, Ambos. Bogotá. Colombia. Konrad - Adenauer- Stiftung. Pág. 205-235.

Memorias Seminario- Taller. "CORTE A LA IMPUNIDAD". Colombia en la mira de la corte penal internacional. (2006. Santa fe de Bogotá) 2006. Nociones Sobre la Corte Penal Internacional. Bogotá Colombia. Pág. 22-32.

Mercado. Pérez, D. 1998. La paz en Colombia, marco histórico, Político y jurídico. Revista Jurídica. Nº 12: págs. 81-113.

Narcotraficantes o Paramilitares: los Colombianos Quieren la Verdad. 2006 Colombia Hoy. Colombia. (En línea) Disponible en: <http://blog.colombiahoy.org/2006/08/22/narcotraficantes-o-paramilitares-los-colombianos-quieren-la-verdad/print.aspx>. Consultado el 25 de Noviembre 2010. 3:00 pm.

O'Donell, D. 2004. Derecho Internacional De Los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las naciones unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. Primera edición. Pág. 27- 72.

Olásolo. Alonso, H. Ensayos Sobre La Corte Penal Internacional. Bogotá. Edit.Dike. Colección internacional N° 9. 2009. Pag 29-129.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU de 1966.

Pallares, Bossa. J. 1996. Derecho Internacional Público. Primera edición. Bogotá. Edit. Leyer. Págs.20; 81-90.

Reed. Hurtado, M. Comp. 2008. Judicialización de crímenes del sistema: Estudio de casos comparado. Bogotá. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Pág. 79-177.

Texto completo de la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia: Imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y su aplicación retroactiva. Equipo Nizkor. 17 ene 06.

Uprimy, IM; Valencia. Vill, A. comps. 2003. Compilación De Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional. Bogotá. Primera edición Volumen IV. Pág. 11-29; pág. 317-321 y pág. 553-655

Valencia. Villa, A. Comp. 2003. Compilación de Derecho Penal Internacional: El estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional. Bogotá. Primera edición. Págs. 101-151.

Zalaquett, J. El Caso Almonacid : La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad. Chile. (En línea). Disponible en: http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/V_Z_alaquett.doc. Consultado el 14 de junio de 2010. 9:50 pm.

